

Beschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB bei
Verfügungen über Gegenstände eines Gesamthandvermögens

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

Wolfgang Edelmann

aus Wiesbaden

1975

Beschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB bei
Verfügungen über Gegenstände eines Gesamthandvermögens

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

Wolfgang Edelmann

aus Wiesbaden

1975



Erstberichterstatter: Professor Dr. jur. Heckelmann

Zweitberichterstatter: Professor Dr. jur. Harder

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Januar 1975

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
 <u>Erstes Kapitel</u>	
Darstellung der Problematik und kritische Würdigung der bisher vertretenen Auffassungen	3
A. Die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben	3
B. Das Problem der Verfügungsbeschränkungen über Gesamthandsgegenstände, wenn der Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft einer Vorerbschaft unterliegt	8
I. Der Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft als Gegenstand einer Vor- und Nacherbschaft	8
II. Die Auffassung, welche den Gesamthändern unbeschränkte Verfügungsbefugnis gewähren will	10
1. Darstellung	10
2. Kritik	15

III. Die Auffassung, welche die Gegenstände der beendeten Gütergemeinschaft in vollem Umfange den Beschränkungen des Vorerben unterwerfen will	20
---	----

1. Darstellung	20
----------------	----

2. Kritik	23
-----------	----

IV. Die Auffassung, welche die Verfügungs- befugnis auf Hälftebruchteile (Einräu- mung von Miteigentum) beschränken will	24
--	----

1. Darstellung	24
----------------	----

2. Kritik	27
-----------	----

C. Das Problem der Verfügungsbeschränkungen, wenn ein Anteil einer Erbschaft einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt	36
--	----

I. Der Erbschaftsanteil als Gegenstand einer Vor- und Nacherbschaft	36
--	----

II. Die Problematik einer Entscheidung nach dem strengen Wortlaut (völlige Verfügungs- freiheit der Erbengemeinschaft)	37
--	----

III. Die Problematik der Auffassung, welche die Erbschaftsgegenstände in vollem Umfange den Verfügungsbeschränkungen unterwerfen will	38
--	----

IV. Die Problematik einer Beschränkung der Verfügungsmacht auf Hälftebruchteile der Erbschaftsgegenstände (Einräumung von Miteigentum)	39
--	----

D. Das Problem der Verfügungsbeschränkungen über Gesamthandsgegenstände, wenn ein Gesellschaftsanteil einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt	41
---	----

I. Der Gesamthandsanteil einer Personengesellschaft als Gegenstand einer Vor- und Nacherbschaft	41
---	----

1. Die Rechtslage bei einer vertraglich vereinbarten Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern	41
---	----

2. Die Rechtslage im gesetzlichen Regelfall	42
---	----

3. Die Rechtslage bei Fortsetzung der Gesellschaft mit einem Vorerben	42
---	----

a) Fortsetzung aufgrund einer Nachfolgeklausel	42
--	----

b) Fortsetzung aufgrund Eintrittsklausel	45
--	----

II. Die bisher vertretenen Ansichten zur Verfügungsbefugnis des Vorerben über Gesellschaftsgegenstände	47
--	----

Zweites Kapitel

Die Bedeutung der "Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft" für die Verfügungsbeschränkungen des Vor-
erben 50

I. Der Zusammenhang zwischen Rechtszuständigkeit
und Verfügungsbeschränkungen nach § 2113 BGB 50

II. Die Gesamthandsgemeinschaft als "relative juristische Person" 53

III. Die Gesamthandsgemeinschaft nach der Vereinzelungstheorie 59

IV. Die Gesamthandsgemeinschaft nach der "Verbundenheitslehre" 61

V. Ergebnis 63

Drittes Kapitel

Feststellung der Gesetzeslücke 66

I. Die durch Statuierung des gemeinschaftlichen Vermögens entstandene Rechtsverweigerungs-
lücke 66

II. Die teleologischen Kriterien bei der Lückenausfüllung 69

Viertes Kapitel

Verfügungsbeschränkungen über Gesamthandsgegenstände nach § 2113, wenn der Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt 73

A. Ein anderer als der überlebende Ehegatte wird Vorerbe des Verstorbenen 75

I. Verfügungen, die dauernd wirksam bleiben müssen 75

1. Die ordnungsgemäße Verwaltung des Gesamtgutes 76

2. Verfügungen im Rahmen der Teilung des Nachlasses 78

II. Die berechtigten Belange des Nacherben 82

1. Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich sind 82

2. Verfügungen, die im Rahmen einer ordnungsgemäßen Teilung des Gesamtgutes erfolgen 84

3. Die Unwirksamkeit weitergehender Verfügungen 86

a) Die gesetzliche Auseinandersetzung 80

b) Vertragliche Auseinandersetzung 81

III. Zusammenfassung 87

B. Der überlebende Ehegatte wird Vorerbe des verstorbenen Ehegatten	91
I. Verfügungen, die dauernd wirksam bleiben müssen	92
1. Die ordnungsgemäße Verwaltung des Gesamtgutes	92
2. Die Teilung des Gesamtgutes	93
a) Die "Hälftebruchteilslösung"	94
b) Die "Auseinandersetzung" des in der Hand des vorerbenden Ehegatten vereinigten Gesamtgutes	95
aa) Auseinandersetzung des Gesamtgutes durch vorerbenden Ehegatten und Nach- erben?	95
bb) "Auseinandersetzung" des Gesamtgutes durch den vorerbenden Ehegatten	99
II. Die berechtigten Belange des Nacherben	107
1. Verfügungen des vorerbenden Ehegatten, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich sind	107
2. Verfügungen im Rahmen der Teilung des Gesamtgutes	107
3. Die Unwirksamkeit weitergehender Verfügungen	108
III. Zusammenfassung	109

Fünftes Kapitel

Verfügungsbeschränkungen über Erbschaftsgegenstände nach § 2113, wenn ein Miterbenanteil einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt	113
I. Verfügungen des Miterben, die dauernd wirksam bleiben müssen	114
1. Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind	114
2. Verfügungen im Rahmen der Teilung des Nachlasses	116
II. Die berechtigten Belange des Nacherben	117
1. Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind	117
2. Verfügungen, die im Rahmen einer ordnungsgemäßen Teilung des Nachlasses erfolgen	118
a) Die Anwendbarkeit des § 2111 auf das dem Vorerben bei der Auseinandersetzung Zugefallene	119
b) Der Umfang der Wirksamkeit der Teilungsverfügungen	123
3. Die Unwirksamkeit weitergehender Verfügungen	126
III. Zusammenfassung	128

Sechstes Kapitel

Verfügungsbeschränkungen über Gesamthandsgegenstände, wenn ein Gesellschafts- oder Vereinsanteil einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt	119
--	-----

I. Verfügungen, die dauernd wirksam bleiben	
müssen	130
1. Der nicht rechtsfähige Verein	132
2. Die Personenhandelsgesellschaften	134
3. Gesellschaften des bürgerlichen Rechts	136
a) Gesellschaften, die am Wirtschafts- leben teilnehmen	136
b) Gesellschaften, die nicht am Wirt- schaftsleben teilnehmen	138

II. Die Belange des Nacherben	139
-------------------------------	-----

III. Zusammenfassung	142
----------------------	-----

Schriftumsverzeichnis

- | | |
|---------------------|---|
| Batsch, Ludwig | Anmerkungen zum Urteil des BGH
(BGH in NJW 1970, 943), NJW 1970,
1314 f. |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch mit Nebengeset-
zen, 20. Auflage München 1972. |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung mit GVG, 32.
Auflage, München 1974. |
| Baur, Fritz | Lehrbuch des Sachenrechts, 7.
Auflage, München 1973. |
| Baur-Grunsky | "Eine Einmann oHG. Zugleich ein
Beitrag zur Vor- und Nacherb-
schaft an einem oHG-Anteil",
ZHR 1970, 209 ff. |
| Beck, Emil | "Grenzen der Teilungsanordnung",
DNotZ 61, 565 ff. |
| Beitzke, Guenther | Familienrecht. Ein Studienbuch,
17. Auflage, München 1974. |
| Binder, Julius | Das Problem der juristischen
Persönlichkeit, Leipzig 1907. |
| ders. | Grundriß des Erbrechts, 2. Auf-
lage, Berlin 1930. |
| Blomeyer, Arwed | Die außerpositiven Grundlagen
des Privateigentums, Diss. Jena
1929. |
| ders. | Allgemeines Schuldrecht, 4. Auf-
lage, Berlin und Frankfurt, 1969. |

- Blomeyer, Jürgen Die Rechtsnatur der Gesamthand,
JR 1971, S. 397 ff.
- Boehmer, Gustav Grundlagen der bürgerlichen
Rechtsordnung, Zweites Buch,
Zweite Abteilung, Tübingen 1952
- Börner, Bodo Das System der Erbenhaftung, JuS
1968, S. 109 ff.
- Brecher, Fritz Funktionsaufteilung als Zivil-
rechtsproblem, in Festschrift
für Heinrich Lange zum 70. Ge-
burtstag, 1970, S. 123 ff.
- Brox, Hans Erbrecht, 3. Auflage, Köln, Ber-
lin, Bonn, München 1974
- Buchda, Gerhard Geschichte und Kritik der deut-
schen Gesamthandlehre. Herausge-
geben in "Arbeiten zum Handels-
Gewerbe- und Landwirtschafts-
recht Nr. 76" (Berlin 1936)
- Buchner, Herbert Zur rechtlichen Struktur der Per-
sonengesellschaften, AcP 169
(1969) 483 ff.
- Burckhardt, Walter Methode und System des Rechts, Zü-
rich 1936
- Canaris, Claus-Wilhelm "Die Feststellung von Lücken im
Gesetz", Berlin 1964

- Dernburg, Heinrich Lehrbuch des preußischen Privat-
rechts und der Privatrechtsnormen
des Reichs, 5. Auflage, Halle
1894
- Dölle, Hans Darstellung des deutschen Fami-
lienrechts mit rechtsvergleichen-
den Hinweisen, Band I 1964
- Donner, Günther "Der Testamentsvollstrecker des
eingetragenen Einzelkaufmanns, des
offenen Handelsgesellschafters,
des Komplementärs und des Komman-
ditisten", DNotZ 1944, 143 ff.
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, 3. Auflage,
Band II, 1. und 2. Hälfte (erläu-
tert von Karl Geiler und Julius
Flechtheim) Mannheim, Berlin,
Leipzig 1932
- Endemann, Friedrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
8. und 9. Auflage, Band 1 - 3,
Berlin 1903 - 1920
- ders. Erbrecht des Bürgerlichen Gesetz-
buches, Berlin, Leipzig 1923
- Engländer, Konrad Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft,
Teil I Grundlegung, Berlin 1914
- Enneccerus, Ludwig Allgemeiner Teil der Bürgerlichen
Gesetzbuches, 15. Auflage, bear-

beitet von Carl Nipperdey, 1.

Halbband, Tübingen 1959, 2. Halbband, Tübingen 1960

Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Auflage, bearbeitet von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958

Sachenrecht, 10. Bearbeitung von M. Wolff und L. Raiser, 1957 (zitiert Wolff-Raiser, Sachenrecht)

Erbrecht, Ein Lehrbuch von Theodor Kipp, 12. Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1965 (zitiert Kipp-Coing, Erbrecht)

Erman, Walter

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I und II, 5. Auflage, Münster 1972

Esser, Josef

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Auflage, 1964

ders.

Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1970; Band II Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971

Fabricius

Relativität der Rechtsfähigkeit, München und Berlin 1963

- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin,
New York. 1973
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, Band III, Das Rechtsge-
schäft, Berlin, Heidelberg 1965
- ders. Gesellschaft und Gesamthand, ZHR
136 (1972), S. 177 ff.
- ders. Die Gesamthand als Besitzer in
Freundesgabe für Hans Hengeler
zum 70. Geburtstag, 1972 S. 76 ff.
- v. Frentz Gestaltungsformen zur Abgrenzung
der Rechte von Überlebenden Ehe-
gatten und Kindern in gemeinschaft-
lichen Testamenten und Erbverträ-
gen, DNotZ 62, 635
- Gareis, Karl Das Deutsche Handelsrecht, 8. Auf-
lage, Berlin 1909
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts,
2. Auflage, München 1971
- Gierke, Otto v. Deutsches Privatrecht Band 1
Allgemeiner Teil und Personen-
recht, Leipzig 1895
Band 2 Sachenrecht, Leipzig 1905
Band 3 Schuldrecht, Leipzig 1917
- Goldmann, Samuel Das Handelsgesetzbuch Band II,
Berlin 1905

- Habscheid Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, AcP 155, (1955) 375
- Hadding, Walther Zur Rechtsstellung des Vorerben von GmbH-Geschäftsanteilen in Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag, Duncker und Humblot 1973
- Haegeler Rechtsfragen zur Vor- und Nacherbschaft, Rechtspfleger 1971, S. 121
- Harder, Manfred Das Selbstkontrahieren mit Hilfe eines Untervertreeters, AcP 170 (1970) S. 295
- ders. Zur Lehre vom Eigentümergebrauch, DNotZ 1970, S. 267 ff.
- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Hölder, Eduard Natürliche und juristische Personen, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1905, Aalen Scientiae 1964
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage, Berlin 1971
- ders. Anmerkung zu dem Beschluß des LG Bremen vom 27.10.1953 in NJW 1954, 477

- Johannsen Anmerkung zu dem Urteil des BGH
in LM Nr. 1 § 2138
- Kattausch Die Anteile der Miteigentümer und
der Gesamthänder an den gemein-
schaftlichen Sachen, Diss. Gießen
1911
- Kaufmann, Hannes Das Eigentum am Gesellschafts-
vermögen, München 1912 (Abhand-
lungen zum Privatrecht und Zivil-
prozeß des deutschen Reiches
Band 22)
- Köster, Hans D. Die Stellung des als Vorerben
eingesetzten überlebenden Ehegat-
ten bei nicht fortgesetzter Ge-
tergemeinschaft, DNotZ 1953,
246 ff.
- Kretschmar Das Erbrecht des deutschen BGB,
2. Auflage 1913
- Kunz, Romano Über die Rechtsnatur der Gemein-
schaft zur gesamten Hand, Versuch
einer dogmatischen Konstruktion,
Bern 1963
- Lange, Heinrich BGB Allgemeiner Teil, Ein Studien-
buch, 14. Auflage, München 1973
- ders. Lehrbuch des Erbrechts, München
und Berlin 1962

- Langenbach Die Rechtsnachfolge des Vorerben
in die personen- und vermögens-
rechtliche Mitgliedsstellung des
Gesellschafters einer Personenhan-
delsgesellschaft, in Mitteilungen
der Rheinischen Notarkammer
Nr. 2/65, S. 57
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des deutschen Bür-
gerlichen Rechts, Ein Lehrbuch,
2. Auflage 1972
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts
Band I Allgemeiner Teil, 10. Aufla-
ge, München 1970
Band II Besonderer Teil, 10. Auf-
lage, München 1972
- ders. Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft, 2. Auflage Berlin, Heidel-
berg usw. 1969
- ders. Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft,
Jher. Jahrb. 83, S. 165 ff.
- Lawson, F.H. Rights and Other Relations in rem,
in Festschrift für Martin Wolff,
Tübingen 1952, S. 103
- Lehmann, Karl Das Handelsgesetzbuch Band I,
2. Auflage, Berlin und Leipzig
1914

- Lehmann-Dietz Gesellschaftsrecht, 3. Auflage,
Berlin und Frankfurt 1970
- Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches, 16. Auflage, Berlin
1960
- Leonhard, Franz Bürgerliches Gesetzbuch, Kommen-
tar, Band 5 Erbrecht, 2. Auflage,
Berlin 1912
- Libtow, Ulrich v. Erbrecht, Eine systematische Dar-
stellung, Halbband I und II, Ber-
lin 1971
- Sers. Insihgeschäfte des Testaments-
vollstreckers, JZ 1960, S. 151 ff.
- Sers. Schenkungen der Eltern an ihre min-
derjährigen Kinder und der Vorbe-
halt dinglicher Rechte, Lahr 1949
- Sers. Der Eigentümersnießbrauch an Grund-
stücken, NJW 1962, S. 275 ff.
- Luther, Marcus Zum Umfang des Sondergutes, AcP
161 (1962) S. 163 ff.
- Michaelis Zur Rechtsstellung des Gesellschafts-
erben, Zeitschrift der Akademie
für Deutsches Recht 1943, S. 233 ff.
- Merger Kann der Erblasser die Übertragung
des dem Nacherben zustehenden An-
wartschaftsrechts ausschließen?,

ACP 152, (1952/53) S. 382 ff.

Margas, Hans

Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 3 Sachenrecht, Band 4 Familienrecht, Berlin 1899

Mawlaury, Hans

Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Auflage, Einsiedeln, Zürich, Köln 1948

Palandt

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 33. Auflage München 1974

Ploot

Vor- und Nachbarschaft an der Gesellschaftserstellung in einer Personenhandelsgesellschaft, Diss. Münster 1966

Planck's

Kommentar zum BGB, III. Band Sachenrecht, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1920, V. Band Erbrecht, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1930

Prdlas, Jürgen

Die Stellung des Vorerben bei beendeter Gütergemeinschaft in JZ 1970, S. 95

Reichsgerichtsräte
kommentar

Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (mit be-

sonderer Berücksichtigung der
Rspr. des RG und des BGB) (BGB-
RGRK) Band I 1. Teil. II. Auflage,
Berlin 1959

Band IV 1. Teil, 11. Auflage,
Berlin 1960

Band IV 2. Teil, 11. Auflage,
Berlin 1964

Band V 1. Teil, 12. Auflage,
Berlin 1974

Handelsgesetzbuch, Großkommentar,
begründet von Hermann Staub, wei-
tergeführt von Mitgliedern des
Reichsgerichts (HGB-RGRK)

Band II, 1. Halbband, 3. Auflage,
Berlin-New York 1973 (§§ 105 -
130 kommentiert von Robert Fi-
scher)

Rohlf

Nießbrauchervermächtnis oder Vor-
und Nacherbschaft im Unternehmer-
testament, Diss. Göttingen 1968

Schlegelberger

Kommentar zum HGB, Band II bear-
beitet von Ernst Geßler, 4. Auf-
lage, Berlin und Frankfurt 1963

Schlicht

Zugehörigkeit des Gesellschaftsan-
teils zum Nachlaß bei Fortsetzungs-
klausel (§ 139 HGB), NJW 1954,
984 ff.

- | | |
|---------------------------|---|
| Schmidt-Rimpler | Die Eigentümergrunddienstbarkeit,
1911 |
| Schulze-Osterloh, Joachim | Das Prinzip der gesamthänderischen
Bindung, München 1972 |
| Siebert, Wolfgang | Gesellschaftsvertrag und Erbrecht
bei der oHG, 3. Auflage Karlsruhe
1954 |
| Soergel | Bürgerliches Gesetzbuch, Stutt-
gart, Köln, I. Band, 8. Auflage
1952 |
| Soergel-Siebert | Bürgerliches Gesetzbuch
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
Band I Einleitung, Allgemeiner
Teil, 10. Auflage 1967
Band 2 Schuldrecht I (241 - 610),
10. Auflage 1967
Band 3 Schuldrecht II (611-853),
10. Auflage 1969
Band 4 Sachenrecht, 10. Auflage
1968
Band 5 Familienrecht, 10. Auflage
1971
Band 6 Erbrecht, 10. Auflage 1974 |
| Staudenmaier, Herbert | Zur Verfügungsmacht des Vorerben
bei beendeter Gütergemeinschaft,
NJW 1965, S. 381 ff. |

v. Staudinger

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
setzbuch

Band I, Allgemeiner Teil, 11.

Auflage 1957, §§ 1-240 erläutert
von Brändl und Coing

Band II Teil 4, 11. Auflage 1958,
§§ 705 ff erläutert von Karl Geiler,
bearbeitet von Ernst Kessler

Band IV, Teil 2, 11. Auflage 1970,
§§ 1363-1588 erläutert von Wil-
helm Felgentraeger

Band IV Teil 3b, 10./11. Auflage
1969, §§ 1705-1901 erläutert von
Horst Göppinger (§§ 1705-18) Ger-
hard Bökelmann (§§ 1719-1740) Hel-
mut Engler (§§ 1741-1921)

Band V, 1. Teil, 11. Auflage 1954,
§§ 1922-2196 erläutert von Gustav
Boehmer (Einleitung und § 1922),
Heinrich Lehmann (§§ 1923-2063),
Karl Seybold (§§ 2064-2196),
Band V 2. Teil, 11. Auflage 1960
erläutert von Ottmar Rittmann
(§§ 2197-2228)

Band V, 9. Auflage 1922, erläutert
von Hersfelder

Band V, 10. Auflage 1937, erläutert
von Gustav Boehmer

E i n l e i t u n g

Der Bundesgerichtshof hatte mehrfach über folgenden Fall zu entscheiden. Ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte hatte seinen Ehepartner zum Vorerben eingesetzt; während der Dauer der Vorerbschaft verfügte der vorerbende Ehegatte unentgeltlich über Gegenstände, die zum ehemaligen Gesamtgut gehörten.

In den älteren Entscheidungen folgte der BGH dem Wortlaut der §§ 1482, 2113 BGB¹⁾. Kein Gegenstand des Gesamtgutes sei ein Nachlaßgegenstand im Sinne des § 2113 BGB, da nur "der Anteil am Gesamtgut" in den Nachlaß falle. Unentgeltliche Verfügungen über Gegenstände des ehemaligen Gesamtgutes blieben deshalb auch im Falle des Eintritts der Nacherbsfolge voll wirksam.

Ohne Begründung vertritt der BGH in seiner neuesten Entscheidung zu diesem Problem die entgegengesetzte Auffassung²⁾. In lapidarer Kürze heißt es lediglich: "Daß die Vorerbin unabhängig von ihren Rechten am Nachlaß auch auf Grund ihres eigenen Anteils am Gesamtgut beteiligt war, entzog den Verfügungsbeschränkungen nicht den Boden".

Es erscheint daher lohnend, der Frage nachzugehen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Verfügungsbeschränkungen eintreten, wenn der Anteil an einer beendeten Gütergemeinschaft einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt. Die gleiche

Problematik taucht jedoch auch dann auf, wenn andere Gesamt-
handanteile - nämlich Miterbenanteile oder Gesellschaftsan-
teile - zu einer Vor- und Nacherbschaft gehören.

-
- 1)
BGHZ 26,378 = NJW 58, 708 = MDR 58,371 = LM Nr. 1 zu
§ 2138 BGB mit Anm. Johannsen; BGH NJW 64,768 = LM
Nr. 8 zu § 2113 BGB
- 2)
BGH NJW 70,943.

E r s t e s K a p i t e l

Darstellung der Problematik und kritische Würdigung der bisher vertretenen Ansichten.

A. Die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben

Ehe die Frage erörtert werden kann, wie sich Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf Gesamthandsgegenstände auswirken, bedarf es eines kurzen allgemeinen Überblicks über die gesetzlich vorgesehenen Verfügungsbeschränkungen, denen ein Vorerbe unterliegt.¹⁾

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorerben und dem Nacherben regelt das BGB anders als die früheren Rechte²⁾ und einige verwandte Rechtsordnungen³⁾ nicht durch die bloße Bezugnahme auf die Vorschriften des Nießbrauchs. Vorerbe und Nacherbe sind vielmehr beide Erben des Erblassers. Die Erbstellung des Vorerben dauert jedoch nur bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge (§ 2100 BGB).⁴⁾ Diese bewirkt - ebenso wie der Erbfall - eine Universalsukzession in das Vermögen des Erblassers.⁵⁾

-
- 1) Vgl. allgemein zur Rechtsstellung des Vorerben Bartholomeyczik, Erbrecht, § 41 VI, VII; Brox, Erbrecht, § 25 IV; Lange, Lehrbuch des Erbrechts, § 26 III - VI; v. Lübtow, Erbrecht, II, 886 ff; Kipp-Coing, Erbrecht, §§ 49, 50.
 - 2) Vgl. Preussische ALR I 12 § 466, Sächsisches BGB § 2503; auch der erste Entwurf zum BGB nahm noch auf den Nießbrauch Bezug; vgl. E I § 1815.
 - 3) Vgl. z.B. für Österreich § 613 ABGB.
 - 4) Vorschriften des BGB künftig ohne Angabe des Gesetzes.
 - 5) Bartholomeyczik, Erbrecht, § 41 X 1 (S. 278), Erman-Hense, § 2139 Rdnr. 1; Palandt-Keidel, § 2100 Anm. 2 und 3; v. Lübtow, Erbrecht II, S. 868.

Trotz der zeitlichen Begrenzung der Rechtsinhaberschaft des Vorerben¹⁾ kann dieser grundsätzlich über Nachlaßgegenstände frei verfügen. Das Gesetz bestimmt in § 2112 ausdrücklich, daß Verfügungen des Vorerben über Erbschaftsgegenstände auch nach Eintritt des Nacherbfalles wirksam bleiben, "soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113 bis 2115 ein anderes ergibt". Die Verfügungsmacht des Vorerben ist also nur hinsichtlich ganz bestimmter, gesetzlich einzeln aufgeführter Verfügungen eingeschränkt.

Die bedeutsamsten Verfügungsbeschränkungen enthält § 2113, worauf sich auch die Untersuchungen dieser Arbeit erstrecken. Nach § 2113 sind unentgeltlich Verfügung und Verfügungen des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden.

Die Unwirksamkeit tritt nicht kraft gesetzlichen Veräußerungsverbot (§ 135) ein. Sie ist vielmehr zum einen davon abhängig, daß der Nacherbfall tatsächlich eintritt, zum anderen ist sie ihrem Umfange nach insoweit begrenzt, als eine rechtliche Benachteiligung des Nacherben vorausgesetzt wird.²⁾

-
- 1) Vgl. Planck-Flad, § 2100 Anm. 2; Staudinger-Seybold, vor § 2100 Rdnr. 4.
2) Erman-Hense, § 2113 Rdnr. 2; BGB-RGRK-Johannsen, § 2113 Rdnr. 8; Bartholomeyczik, Erbrecht, § 41 VI 2a aa (S. 271) Kipp-Coing, § 49 IV 1 c (S. 224); v. Lübtow, Erbrecht II, S. 896 ff.

Zwischen Erbfall und Nacherbfall besteht daher nicht etwa ein "Schwebezustand", sondern die Unwirksamkeit tritt - sofern eine Benachteiligung des Nacherben vorliegt - erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge kraft Gesetzes ein. Dabei handelt es sich nicht um eine relative Unwirksamkeit. Nicht nur der Nacherbe, sondern auch Dritte, die daran ein rechtliches Interesse haben - wie beispielsweise Nachlaßgläubiger -, können sich darauf berufen, daß das veräußerte Recht zu der dem Nacherben angefallenen Erbschaft gehört.¹⁾

Durch § 2113 Abs. 1 wird dem Gedanken Rechnung getragen, daß Grundstücke und Rechte an Grundstücken im allgemeinen den Stamm eines Vermögens bilden. Eine "Vereitelung oder Beeinträchtigung" der Rechte des Nacherben im Sinne des § 2113 Abs. 1 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vorerbe entgeltlich über das Grundstück verfügt hat und ein ausreichendes Entgelt in den Nachlaß gelangt ist.²⁾

-
- 1) RG Warn. 1914 Nr. 126; BGHZ 52, 270; Endemann III 1, S. 427; Planck-Flad, § 2113 Anm. 1c; BGB-RGRK-Johannsen, § 2113 Rdnr. 9; Soergel-Knopp, § 2113 Rdnr. 10; Palandt--Keidel, A. 1a, aa zu § 2113; Erman-Hense, § 2113 Rdnr. 2; Staudinger-Seybold, § 2113 Rdnr. 8; Bartholomeyczik, Erbrecht a.a.O.; Kipp-Coing, § 49 IV 1c (S. 224).
 - 2) Strohal, Erbrecht II, S. 67 A. 4; Leonhard, Erbrecht, Anm. I c 2 zu § 2113; Binder, Grundriß, S. 79 A. 6; Endemann, III 1, S. 405; Planck-Flad, § 2113 Anm. 1; BGB-RGRK-Johannsen, § 2113 Rdnr. 4; Soergel-Ehard-Eder § 2113 Rdnr. 3 Erman-Hense, § 2113 Rdnr. 1; v. Lübtow, Erbrecht II, S. 891; Kipp-Coing, § 49 IV 1 d (S. 224).

Entscheidend ist vielmehr, daß dem Nacherben das Grundstück selbst erhalten bleibt. Eine Vereitelung oder Beeinträchtigung des Nacherbenrechts liegt daher im Falle der Veräußerung und Belastung eines Grundstückes regelmäßig dann vor, wenn die Verfügung nicht in Erfüllung einer bereits vom Erblasser eingegangenen Verbindlichkeit vorgenommen wird.¹⁾ Von Bedeutung ist jedoch, daß Verfügungen, denen der Nacherbe zustimmt, auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge voll wirksam bleiben. Darüber hinaus ist der Nacherbe gemäß § 2120 dem Vorerben gegenüber verpflichtet, seine Einwilligung zu solchen Verfügungen zu erteilen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind. Der Vorerbe hat in diesem Falle einen Anspruch auf Einwilligung;²⁾ die Zustimmung kann die Verfügung aber auch nachträglich durch Genehmigung (§ 184) wirksam machen.³⁾

1) BGB-RGRK-Johannsen, § 2113 Rdnr. 5; Bartholomeyczik, Erbrecht, § 41 VI 2a aa (S. 271). Anders Planck-Flad, A. 1 zu § 2120; Staudinger-Seybold, Rdnr. 2 zu § 2120; v. Lübtow, Erbrecht II, S. 893, die solche Verfügungen dem § 2120 unterwerfen wollen, was am Ergebnis der Wirksamkeit solcher Verfügungen nichts ändert.

2) Bartholomeyczik, Erbrecht, § 41 VI 2a ee (S. 272); Kipp-Coing, Erbrecht § 49 IV 7 (S. 229); v. Lübtow, Erbrecht II, S. 898, BGB-RGRK-Johannsen, § 2120 Rdnr. 1, Erman-Hense, § 2120 Rdnr. 3; Staudinger-Seybold, § 2120 Rdnr. 5.

3) BGB-RGRK-Johannsen, § 2120 Rdnr. 1; Staudinger-Seybold, § 2113, Rdnr. 9; Erman-Hense, § 2120 Rdnr. 2; v. Lübtow, Erbrecht II, (S. 892); vgl. auch RGZ 110, 94 (95).

Gemäß § 2113 Abs. 2 ist dem Vorerben jede Art von unentgeltlichen Verfügungen über Nachlaßgegenstände untersagt. Von dieser Verfügungsbeschränkung kann der Erblasser den Vorerben - im Gegensatz zu der Beschränkung des § 213 Abs. 1 - nicht befreien (§ 2136). Der unentgeltlichen Verfügung über einen Gegenstand steht nach ständiger Rechtsprechung die teilweise unentgeltliche Verfügung gleich.¹⁾

Für die Frage nach der Unentgeltlichkeit ist ein objektiver Maßstab nicht allein maßgeblich. Es genügt nicht, daß der Vorerbe für das, was er aus dem Nachlaß fortgibt, objektiv kein volles Entgelt erhält. Unentgeltlich ist die Verfügung vielmehr erst dann, wenn der Vorerbe unter dem für ihn maßgebenden Gesichtspunkt der ordnungsgemäßen Verwaltung die Gegenleistung nicht als entsprechenden Gegenwert hätte ansehen dürfen.²⁾

-
- 1) BGH 5, 173, (182), 7, 274, (279); BGH LM BGB § 2113 Nr. 1; RG DR 1945, 57; BGB-RGRK-Johannsen, § 2113 Rdnr. 30; Staudinger-Seybold, Rdnr. 196 zu § 2113; v. Lübtow, Erbrecht II, S. 896; Brox, Erbrecht, Rdnr. 351.
 - 2) RGZ 81, 364 (366 ff); 105, 246 (248 f); 159, 385 (389); Endemann III 1, 408 ff; Planck-Flad, § 2113 Anm. 2; BGB-RGRK-Johannsen, § 2113 Rdnr. 21; Palandt-Keidel § 2113, Anm. 2a aa; Erman-Hense, § 2113 Anm. 4; Kipp-Coing, § 49, IV 2 (S. 225); Bartholomeyczik, Erbrecht § 41 VI 2b (S. 261); v. Lübtow, Erbrecht II, S. 895.

B. Das Problem der Verfügungsbeschränkungen über Gesamtguts-
gegenstände, wenn der Anteil einer beendeten Gütergemein-
schaft einer Vorerbschaft unterliegt

I. Der Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft als Gegen-
stand einer Vor- und Nacherbschaft

Leben Ehegatten im Güterstand der Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff), sind insgesamt fünf Vermögensmassen zu unterscheiden: Sondergut des Mannes und der Frau (§ 1417), Vorbehaltsgut des Mannes und der Frau (§ 1418) und das beiden gemeinschaftlich zustehende Gesamtgut. Als Sondergut steht jedem Ehegatten sein rechtsgeschäftlich nicht übertragbares Vermögen zu. Hierzu gehören insbesondere Nießbrauch, unpfändbare Bezüge, Schmerzensgeldansprüche und Gesellschaftsanteile.¹⁾ Alleininhaber ist jeder Ehegatte auch hinsichtlich des Vorbehaltsgutes. Dazu zählt, was durch Ehevertrag zum Vorbehaltsgut erklärt wurde sowie die Gegenstände, die ein Ehegatte durch letztwillige Verfügung oder unentgeltlich erwirbt, sofern der Zuwendende bestimmt, daß die Gegenstände Vorbehaltsgut sein sollen (§ 1418).²⁾

-
- 1) Vgl. Lutter, AcP 161, 163; Beitzke, Familienrecht S. 107; Soergl-Gaul § 1417 Rdnr. 3-5; Gernhuber, Familienrecht, § 38 IV (S. 404); Staudinger-Felgentraeger, § 1417 Rdnrn. 3 ff; Erman-Bartholomeyczik, § 1417 Rdnr. 3.
2) Vgl. Soergl-Gaul Rdnr. 3-9 § 1418; Gernhuber a.a.O. § 38 V (S. 405 f); Staudinger-Felgentraeger, § 1418 Rdnrn. 7 ff; Erman-Bartholomeyczik, § 1418 Rdnrn. 3 ff.

Alles übrige Vermögen- sowohl das von Mann und Frau eingebrachte als auch das während der Ehe erworbene - werden "gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten", (vgl. § 1416). Die Gesamtgutseigenschaft entsteht kraft Gesetzes im Wege der Universalsukzession, (§ 1416 Abs. 2). Das Gesamtgut steht den Ehegatten zur gesamten Hand zu: keiner kann über seinen Anteil am Gesamtgut und den einzelnen Gegenständen verfügen (§ 1419 Abs. 1).

Wird die Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst und hat der Verstorbene Vor- und Nacherbschaft angeordnet, so gehört zum vorerbrechtlich belasteten Nachlaß nicht nur das Vorbehalts- und Sondergut des verstorbenen Ehegatten, sondern auch dessen Anteil am Gesamtgut.¹⁾ Dies ergibt sich aus § 1482 Satz 1. Anders als noch im preußischen Allgemeinen Landrecht, wo mit der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten an die Stelle der Gütergemeinschaft Miteigentum gewöhnlicher Art zu ideellen Teilen trat,²⁾ bleibt nach der Regelung des BGB die Gesamthandsbindung auch nach dem Tode eines Ehegatten grundsätzlich bestehen (§§ 1482, 1471 Abs. 2, 1417).³⁾

-
- 1) Dölle, Familienrecht Band 1, § 79 III 2 (S. 973); Staudinger-Felgentraeger, § 1482 Rdnr. 5.
 - 2) Vgl. ALR II 1 §§ 634, 635, 637, 638; Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs; 3. Bd. (1884), S. 128 ff; RGZ 21, 252 (254): *communio incidens* zwischen dem überlebenden Ehegatten und dem Erben des Verstorbenen.
 - 3) Über den ursprünglichen rechtspolitischen Zweck (Schutz der nicht verwaltenden Ehefrau vor Inanspruchnahme durch Gesamtgutgläubiger) vgl. ausführlich Motive bei Mugdan, Familienrecht S. 217 ff.

II. Die Auffassung, welche den Gesamthändern unbeschränkte Verfügungsbefugnis gewähren will

1) Darstellung

Nach dem Wortlaut des § 2113 unterliegen die "zur Erbschaft gehörenden Gegenstände" den genannten Verfügungsbeschränkungen. Da nicht die Gegenstände des Gesamtgutes zur Erbschaft gehören, sondern nur "der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut", bestehen nach dem strengen Wortlaut der §§ 1482, 2113 keine Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich der zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände. Vorerbe und überlebender Ehegatte könnten danach über diese Gegenstände voll wirksam verfügen.

Die erste Entscheidung, in der der BGH - strikt dem Wortlaut des Gesetzes folgend - Verfügungsbeschränkungen des Vorerben über Gesamtgutsgegenstände ablehnte, erging zu einem Fall, in dem die Ehegatten im Güterstand der westfälischen Gütergemeinschaft gelebt hatten.¹⁾

1) BGHZ 26, 378 = NJW 58, 708 = MDR 58, 371 = LM Nr. 1 zu § 2138 BGB (Anm. Johannsen). Bei der westfälischen Gütergemeinschaft nach dem Gesetz betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen usw. vom 16. April 1860 handelt es sich um eine allgemeine Gütergemeinschaft; das gesamte Vermögen beider Ehegatten wurde Gesamtgut; vgl. Dernburg, a.a.O., § 34, S. 111, Anm. 3 und § 35 S. 116.

Die Ehegatten hatten im Jahre 1909 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem unter anderem bestimmt war:

"§ 1 Der Überlebende von uns soll der Vorerbe des zuerst Sterbenden sein.

§ 2 Nach dem Tode des Letztlebenden von uns soll dasjenige, was vom gemeinsamen Nachlaß von uns noch übrig ist, ... unter unsere Kinder ... verteilt werden ..."

Nach dem Tode des Ehemannes hatte die Ehefrau zwei Grundstücke veräußert, und zwar zumindest teilweise unentgeltlich. Gestritten wurde um die Wirksamkeit dieser Verfügungen.¹⁾

Der BGH ging hier zutreffend davon aus, daß die Ehegatten die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den gemeinsamen Abkömmlingen durch letztwillige Verfügung nach § 6 des Gesetzes betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen vom 16. April 1860 ausgeschlossen hatten und daß daher der Anteil des Ehemannes am Gesamtgut in den Nachlaß gefallen war. Nach Art. 44, 48 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum BGB richtete sich somit das Schicksal des Gesamtgutes nicht mehr nach westfälischem Güterrecht, sondern nach dem BGB.

1) Klage war allerdings auf Zahlung des Erlöses erhoben worden, weil das Grundstück weiterveräußert und dabei (vermutlich) gutgläubig erworben worden war. An der Sache ändert das nichts.

Der BGH ließ dahingestellt, ob in dem Testament eine befreite Vorerbschaft angeordnet war, da die überlebende Ehefrau auch in diesem Falle habe unentgeltlich über die Grundstücke verfügen dürfen. § 2113 Abs. 2 BGB beziehe sich nur auf Verfügungen über Gegenstände, die zur Erbschaft gehören. Solange aber keine Auseinandersetzung über das Gesamtgut stattgefunden habe, sei kein Gegenstand des Gesamtgutes ein Nachlaßgegenstand im Sinne des Gesetzes. Nur der Anteil am Gesamtgut gehöre zum Nachlaß. Der BGH bezieht sich insoweit auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in RGZ 79, 345, (355) und RGZ 136, 19 (21), wo dies in anderem Zusammenhang ausgesprochen ist. Der BGH beschränkt den Nacherben auf Schadensersatzansprüche im Rahmen des § 2138 Abs. 2. Nur dann, wenn der Vorerbe den Wert des Gesamtgutanteils in der Absicht vermindert hat, den Nacherben zu benachteiligen, soll dem Nacherben gegen den Vorerben ein Schadensersatzanspruch zustehen.¹⁾

1) Dem BGH folgen: Erman-Hense, § 2113 Anm. 4; Erman-Bartholomeyczik (bis zur 4. Auflage), § 1482 Anm. 2; Soergel-Gaul, § 1482 Rdnr. 2, Soergl-Knopp, § 2113 Rdnr. 3; Palandt-Keidel, § 2113 Anm. 2a cc; RGRK-Johannsen, § 2113 Rdnr. 2; Brox, Erbrecht Rdnr. 351 a.E.; v. Lübtow, Erbrecht II, (S. 893) Anm. 33; Gernhuber, Familienrecht, § 38 X 1 Anm. 1 (S. 429).

In einem weiteren vom BGH entschiedenen Fall hatten die Ehegatten im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach §§ 1519 ff BGB a.F. gelebt, und die Ehefrau war zur alleinigen befreiten Vorerbin des Ehemannes eingesetzt worden.¹⁾

Die Ehefrau hatte unentgeltlich über ein zum Errungenschaftsgut gehörendes Grundstück verfügt, das praktisch den einzigen zum Errungenschaftsgut gehörenden Vermögensgegenstand darstellte. Unter Berufung auf die zur westfälischen Gütergemeinschaft ergangene Entscheidung vertrat der BGH auch hier die Auffassung, daß die Vorerbin unbeschwert von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 2 habe verfügen können. Den Vorrang der güterrechtlichen vor den erbrechtlichen Vorschriften leitet der BGH daraus her, daß die "durch die Vereinbarung einer Gütergemeinschaft entstehende Gesamthandsbindung" nach der Beendigung der Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung fort dauert (§ 1546 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. i.V.m. § 1442 Abs. 1 BGB a.F.)²⁾

1) BGH NJW 64, 768 f = LM Nr. 8 zu § 2113. Die Errungenschaftsgemeinschaft war eine Gütergemeinschaft, bei der nur die während bestehender Ehe erworbenen Gegenstände Gesamtgut wurden. Zur gesamten Hand stand den Ehegatten lediglich dieses Errungenschaftsgut zu. Neben dem Vorbehaltsgut (§ 1526 BGB a.F.) war vom Gesamtgut auch das "eingebrachte Gut" (§ 1520-1524 BGB a.F.) ausgenommen.

2) Die Bestimmungen entsprechen den §§ 1471, Abs. 2, 1419 Abs. 1 BGB geltender Fassung.

In dem Alleineigentum des überlebenden Ehegatten sei zwar der mit der Nacherbfolge belastete Anteil des Erblassers an dem Gesamtgut enthalten, dieser habe aber, solange keine Auseinandersetzung des Gesamtgutes erfolgt, keine rechtliche Selbständigkeit.

Der BGH verkennt nicht, daß die Entscheidung zu einer Benachteiligung des Nacherben führen kann. Dies müsse aber in Kauf genommen werden. Unterwerfe man nämlich die Gegenstände des Gesamtgutes den Verfügungsbeschränkungen des § 2113, dann würde der überlebende Ehegatte in seiner wirtschaftlichen Handlungsweise unerträglich eingeengt.¹⁾ Gleiches müsse sogar dann gelten, wenn ein Gegenstand veräußert wird, der den einzigen nennenswerten Vermögenswert des Gesamtgutes darstelle.

1) So auch BGB-RGRK-Johannsen, § 2113 Rdnr. 2.

2) Kritik

Der wesentliche Mangel einer strikten Wortinterpretation besteht darin, daß der in § 2113 erstrebte Schutz des Nach-
erben in vollem Umfange hinfällig wird. Vom Standpunkt des
in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten bedeutet dies zu-
mindest, daß ihm die Möglichkeit verschlossen ist, sinnvoll
eine Vorerbschaft anzuordnen. "Zumindest" deswegen, weil er
sich wohl nur selten der Tatsache bewußt sein wird, daß
eine solche letztwillige Verfügung praktisch "ins Leere
geht" und er es deshalb meist unterlassen wird, sich ande-
rer Rechtsinstitute zur Sicherung seines Nachlasses zu be-
dienen.¹⁾ Soweit der "Anteil am Gesamtgut" den Beschränkun-
gen des Vorerben unterliegt, kommt dieser Belastung keiner-
lei Bedeutung zu, weil dieser Anteil schon kraft güterrecht-
licher Bestimmung der Verfügungsmacht der Gesamthänder ent-
zogen ist (§§ 1471 Abs. 2, 1417).

1)

Vgl. hierzu R.v.Frentz, "Gestaltungsformen zur Abgrenzung
der Rechte von überlebenden Ehegatten und Kindern in ge-
meinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen", DNotZ
62, 635.

Besondere Tragweite erlangt die völlige Verfügungsfreiheit über die Gegenstände des Gesamtgutes dadurch, daß das Gesamtgut nach der Intention des Gesetzes den wesentlichen Teil des Vermögens der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten ausmacht und deshalb auch der Wert des Nachlasses eines solchen Ehegatten in der Regel durch seinen Anteil an der Gütergemeinschaft bestimmt wird. Die Benachteiligung des Nacherben kann daher keinem vernünftigen Zweifel unterliegen und wird auch allgemein anerkannt.¹⁾ Etwas euphemistisch erscheint es allerdings, wenn der BGH von der "Möglichkeit einer Benachteiligung"²⁾ spricht. Tatsache ist, daß der Nacherbe bei strikter Wortinterpretation in bezug auf das Erblasservermögen praktisch die Rechtsstellung eines Erbeserben erhält. In Anbetracht dieses fragwürdigen Ergebnisses erscheint es unzureichend, wenn der BGH sich auf den reinen Wortlaut beruft. Über dem Wortlaut steht der Sinn einer Gesamtregelung.

Nicht einzusehen ist aber auch, warum aus der "Fortdauer der gesamthänderischen Bindung bis zur Auseinandersetzung" die völlige Verfügungsfreiheit über die zur Gesamthand gehörenden Gegenstände folgen soll. Die Behauptung, "die güterrechtlichen Vorschriften beanspruchten Vorrang vor den erbrechtlichen" kann nicht überzeugen.

1) Vgl. Präles, JZ 1970, 95 (96) BGHZ 26, 378; BGB-RGRK-Johannsen, § 2113 Rdnr. 2; Soergel-Knopp, § 2113 Rdnr. 3 a.E.

2) BGHZ 26, 378.

Die Gesamthand "beendete Gütergemeinschaft" wird hier als Rechtsprinzip aufgefaßt, ohne daß der Versuch unternommen wird, eine aus der Gesamtregelung folgende Lösung zu finden. Die Frage, welche Verfügung durch den Zweck der gesamthänderischen Bindung hier gefordert werden und welche Verfügungen im Hinblick auf die Rechte des Nacherben unterbleiben müssen, wird nicht ausreichend untersucht.

Den Entscheidungen des Reichsgerichts, auf die sich der BGH zur Unterstützung seiner Auffassung beruft, lagen andere Sachverhalte zugrunde. Im Falle RGZ 79, 345 (355) war eine Erbengemeinschaft Inhaber eines Gesamtgutanteils einer ehemaligen Gütergemeinschaft geworden. Gesamtgutsgläubiger hatten den Erben nach § 1994 Abs. 1 eine Inventarfrist gesetzt. Zu Recht entschied hier das RG, es handele sich bei den Gesamtgutsverbindlichkeiten nicht um Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 1967: "Solange es nicht zur Teilung kam, war kein Gegenstand des Gesamtgutes ein Nachlaßgegenstand im Sinne des Gesetzes". Diese Entscheidung folgt in erster Linie daraus, daß das Gesetz durch die Bildung von Gesamthandvermögen verschiedene Haftungsmassen schafft, die dem Zugriff verschiedener Kategorien von Gläubigern in unterschiedlichem Maße zugänglich sind.¹⁾

1) Vgl. v. Lübtow, Erbrecht II, S. 831; Beitzke, Familienrecht, § 16 II 1 (S. 107 f); Staudinger-Felgentraeger, Vorbemerkungen zu § 1415 Rdnr. 2 a.E.; BGB-RGRK-Scheffler, § 1415 Anm. 4.

Den Gesamtgutgläubigern haftet, wenn ein Gesamtgutsanteil zu einem Nachlaß gehört, nicht der ganze Nachlaß, sondern weiterhin lediglich das Gesamtgut. Dementsprechend müssen sie sich auf die im Güterrecht vorgesehenen Möglichkeiten beschränken und können folglich auch keine Inventarfrist nach erbrechtlichen Vorschriften setzen.

Ganz ähnlich verhielt es sich im Fall RGZ 136, 19 (21). Ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte hatte seine Frau zu einem Viertel beerbt und danach ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück allein verpachtet. Das RG wendet sich hier gegen die Auffassung, dem Ehegatten habe ja (rechnerisch) an der Gütergemeinschaft ein Anteil von $\frac{5}{8}$ zugestanden, und er habe daher allein die zur Wirksamkeit der Verfügung gem. §§ 2032, 2038 Abs. 2, 745 erforderliche Stimmenmehrheit besessen. Auch in diesem Falle ist aber das Ergebnis nicht nur die Folge einer strikten Wortinterpretation ("kein Gegenstand des Gesamtgutes sei ein Nachlaßgegenstand im Sinne des Gesetzes"), sondern es entspricht auch der Teleologie des Gesetzes. Da zum einen gemeinsame Verwaltung des Gesamtgutes eingetreten war (§ 1472 Abs. 1), zum anderen eine Miterbengemeinschaft Inhaberin eines der Anteile der beendeten Gütergemeinschaft geworden war, konnte nicht einfach eine rechnerische Addition der Beteiligung erfolgen. Vielmehr hätten sowohl der überlebende Ehegatte als auch die Erbengemeinschaft der Verfügung zustimmen müssen (§ 1472). An der Erbengemeinschaft besaß der überlebende Ehegatte aber keine ausreichende Beteiligung. Das Nebeneinander von erb-

rechtlichen und güterrechtlichen Vorschriften ist hier gewollt und erhält seinen rechtspolitischen Sinn dadurch, daß die Erbengemeinschaft (als Inhaberin eines Gesamtgutanteils) nicht durch eine Minimalbeteiligung des überlebenden Ehegatten von diesem beherrscht werden soll.

III. Die Auffassung, welche die Gegenstände der beendeten Gütergemeinschaft in vollem Umfange den Beschränkungen des Vorerben unterwerfen will

1) Darstellung

Um den in § 2113 erstrebten Schutz des Nacherben zu gewährleisten, will ein Teil der Lehre die zur beendeten Gütergemeinschaft gehörenden Gegenstände ganz den vorerbrechtlichen Beschränkungen unterwerfen.¹⁾ Nach Köster folgt aus dem "Prinzip der ungeteilten Gesamtzuständigkeit aller Gesamthandsberechtigten" zwingend, daß die Belastung eines Gesamthänders mit einer Nacherbschaft gleichzeitig auch die übrigen Gesamthänder in der "Bewegungsfreiheit" insoweit einengt, als die Verfügungsbeschränkung des Vorerben gemäß § 2113 reicht.²⁾ Im Falle des Eintritts der Nacherbfolge seien daher Verfügungen über Gesamthandsgegenstände, die entgegen den Beschränkungen des § 2113 erfolgen, in vollem Umfang unwirksam.

-
- 1) Ermann-Bartholomeyczik (5. Aufl.), § 1482 Rdnr. 3; Köster, DNotZ 53, 246 ff; Staudenmaier, NJW 1965, 380; Staudinger-Seybold (11. Aufl.), § 2111 Anm. 7; BGH NJW 197/, 943 (ohne Begründung). Vgl. auch OLG Stuttgart in NJW 1967, 1809 zum Mitverfügungsrecht des Testamentsvollstreckers über einzelne Gegenstände des Gesamtgutes einer beendeten Gütergemeinschaft.
 - 2) So Köster a.a.O. (S. 250) mit Hinweis auf OLG Dresden LZ 1916, 962; Staudinger-Herzfelder (9. Aufl.), § 2042 Anm. II 3a.

Ist der überlebende Ehegatte gleichzeitig Vorerbe des verstorbenen, dann müsse § 2143 entsprechend angewendet werden, wonach die infolge des Erbfalles durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse beim Eintritt der Nacherbfolge als nicht erloschen gelten. Daraus wird gefolgert, daß das beim Erbfall entstehende Alleineigentum sich bei Eintritt des Nacherbfalles wieder in zwei Gesamtgutsanteile verwandele. In der Zwischenzeit - also zwischen Erbfall und Nacherbfall - müsse aber auch etwas sein, "das die Brücke zwischen Erbfall und Nacherbfall bildet".¹⁾

Dies könne nur eine "gedachte Mitberechtigung" an den Gegenständen des früheren Gesamtgutes sein. Auf diese "gedachte Mitberechtigung" beziehe sich die vorerbliche Belastung, was wiederum - wegen der "ungeteilten Gesamtzuständigkeit aller Gesamthandsberechtigten" - zu einer Verfügungsbeschränkung hinsichtlich der ganzen Gesamtgutsgegenstände führe.

Staudenmaier will daraus, daß "nach herrschender Meinung ... die Existenz von Anteilen an den Gesamtgutsgegenständen ... nicht zu leugnen ist ...", die Verfügungsbeschränkung über die Gegenstände des Gesamtgutes herleiten.²⁾

1) Köster a.a.O. S. 249/250.

2) Vgl. Staudenmaier a.a.O., S. 381 rechte Spalte.

Die Rechtslage sei vergleichbar mit dem Fall, daß ein Erbe zu einem Bruchteil der Erbschaft als Vollerbe eingesetzt sei.¹⁾ Auch in diesem Falle müsse sich die Beschränkung des Vorerben auf den ganzen Gegenstand beziehen.

1) Unter Bezugnahme auf Staudinger-Seybold (11. Auflage), § 2111 Anm. 5 und Kipp-Coing, Erbrecht (11. Bearb.) S. 212 (vgl. 12. Bearb.) § 49 II, S. 220) ist Staudenmaier der Auffassung, daß sich in diesen Fällen "die nur an einem Teil der Berechtigung bestehende Minderung der Verfügungsmacht auf den ganzen Gegenstand auswirke".

2) Kritik

Im Ergebnis ist dieser Auffassung zunächst insoweit zuzustimmen, als sie eine Fortdauer der gesamthänderischen Bindung auch bei alleiniger Vorerbschaft des überlebenden Ehegatten bejaht. Dies soll im nächsten Abschnitt noch ausführlich dargestellt werden.¹⁾ Bedenklich erscheint es aber, wenn dann aus einem bestimmten, vorgefaßten Verständnis der Gemeinschaft zur gesamten Hand gleichsam "zwingend" ein bestimmtes Ergebnis gefolgert wird. Ob die Belastung eines Gesamthandanteils zu Verfügungsbeschränkungen über die Gegenstände des Gesamtgutes führt, läßt sich - das soll im 2. Kapitel gezeigt werden - nicht aus dem Rechtsprinzip der Gesamthand beantworten. Das Problem läßt sich vielmehr nur dann lösen, wenn festgestellt wird, welchem übergeordneten Zweck ein Gesamthandsvermögen zu dienen hat.

Der entscheidende Mangel einer Beschränkung der Verfügungsbefugnis besteht darin, daß zwar eine Benachteiligung des Nacherben verhindert wird, dies aber auf Kosten des vorerbenden Ehegatten in seiner Stellung als Inhaber seines eigenen Anteils geht. Unterwirft man die Gegenstände des Gesamtgutes den Beschränkungen der Nacherbschaft, so wird der vorerbende Ehegatte auch hinsichtlich des ihm aus eigenem Recht zustehenden Teiles des Gesamthandsvermögens in der Verfügung beschränkt.

1) Die Begründung Kösters erscheint aber fragwürdig. Es fragt sich doch, welche Art Rechtsinstitut denn eine "gedachte Mitberechtigung an den Gegenständen des ehemaligen Gesamtgutes" sein soll.

So weit geht aber weder die Testierbefugnis des verstorbenen Ehegatten noch das berechnigte Interesse des Nacherben. Alleiniger Zweck und daher selbstverständliche Voraussetzung jeder dem strengen Wortlaut entgegenstehenden Anwendung von Rechtsvorschriften ist es aber, für einen nicht geregelten Fall ein befriedigendes, d.h. interessengerechtes Ergebnis zu erhalten.¹⁾ Kann dies mit einer bestimmten Lösung nicht erreicht werden, so fehlt einer solchen Rechtsanwendung der innere Grund, sie stimmt dann nicht mit dem Richtigkeitsgedanken der rechtspolitischen Zwecksetzung in der als Einheit gedachten Gesamtrechtsordnung überein.²⁾

IV. Die Auffassung, welche die Verfügungsbefugnis auf Hälftebruchteile (Einräumung von Miteigentum) beschränken will

1) Darstellung

Erstmals vom Kammergericht wurde die Auffassung vertreten, daß die Gegenstände des Gesamtgutes nach Beendigung der Gütergemeinschaft "als in Bruchteile zerlegt gedacht" werden müßten.³⁾ In dem zur Entscheidung stehenden Fall war der Überlebende Ehegatte - nachdem zunächst fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten war - von seinem einzigen Kind als alleinigem Vorerben beerbt worden.

1) Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 58 II 3 (S. 341).

2) Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 82, 90.

3) KG in JFG I, 358 (361), so auch Kipp-Coing, § 49 Anm. 3a (S. 220).

In der Hand des Kindes hatten sich dadurch beide Gesamtgutsanteile zu Alleineigentum vereinigt, wobei ihm allerdings einer der Anteile nur als Vorerbe zustand.

Das Kammergericht war der Auffassung, daß durch die Eintragung des Nacherbenvermerkes an einem Gesamtgutsgrundstück nur eine Bruchteilshälfte des Grundstücks belastet würde. Wenn auch während des Bestehens der Gütergemeinschaft die Anteile an den einzelnen zum Gesamtgut gehörenden Gegenständen nicht in Erscheinung treten würden, so könnte sie doch nach der Auflösung der Gütergemeinschaft einen sonderrechtlichen Gehalt erlangen. Das KG beruft sich hierzu auf II, 1 § 653 des preußischen ALR, wonach durch den Tod eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten die Gegenstände des Gesamtgutes in gewöhnliches Miteigentum zerfielen: Die eine Hälfte stand dem Überlebenden Ehegatten zu, die andere den Erben des Verstorbenen.¹⁾ Trotz der durch das BGB angeordneten Fortdauer der gesamthänderischen Bindung sei das Vorhandensein von Bruchteilen dann anzuerkennen, wenn sich bei der Vereinigung der Gesamtgutsanteile in einer Hand eine "rechtliche Sonderung als notwendig erweist". Indem das BGB bestimme, daß der vorhandene Überschuß den Beteiligten "zu gleichen Teilen gebührt" (vgl. § 1476 Abs. 1), würde es - so das Kammergericht - Bruchteile als vorhanden ansehen. Die Größe der Bruchteile bestimme sich demzufolge nach § 1476 Abs. 1.

1) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 695; RGZ 21,252, (254).

Batsch¹⁾ leitet das gleiche Ergebnis wie das KG daraus her, daß die vom Gesetz angeordnete Fortdauer der gesamthänderischen Bindung dann entfallen müsse, wenn die Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten endet und der Nachlaß dem Überlebenden zufällt. In diesem Falle bedürfe es keiner Auseinandersetzung mehr, ja sie sei überhaupt unmöglich. Ende der Gütergemeinschaft und Ende der Gesamthand seien daher identisch, und zwar auch in dem Fall, in dem der überlebende Ehegatte nur Vorerbe des verstorbenen Ehegatten geworden ist. Die besondere Zweckbindung des Gesamthandvermögens entfalle hier durch Ende der Ehe und Wegfall des Auseinandersetzungserfordernisses, so daß "keine Bedenken" dagegen bestünden, die in § 2113 BGB enthaltenen Verfügungsbeschränkungen nur noch auf einen Hälftebruchteil der zum ursprünglichen Gesamtgut gehörenden Gegenstände zu beschränken.

Auch Prölss stimmt dem Kammergericht im Ergebnis zu,²⁾ vermißt aber eine methodisch einwandfreie Begründung. Da das Gesetz keinen Interessenausgleich des Ehegatten (in seiner Stellung als Inhaber des ihm aus eigenem Recht zustehenden Gesamtgutanteils) und dem Nacherben vorgenommen habe, liege eine Gesetzeslücke vor.

1) Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.2.1970 (BGH NJW 970, 943), NJW 1970, 1314 f). So auch Haegele, Rechtspfleger 1971, S. 121 (125).

2) Prölss in JZ 1970, 95 ff.

§ 2113 müsse daher auf Verfügungen des überlebenden Ehegatten analog angewendet werden, sofern diese Verfügungen nicht in der Einräumung von Miteigentum bestehen oder mehr als die Hälfte real teilbarer Gegenstände erfassen. Weitergehende Verfügungen seien unwirksam.¹⁾ Prölss dehnt diese Überlegung auch auf den Fall aus, daß ein anderer als der überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen Ehegatten geworden ist. Allerdings nimmt er Vorerben und Ehegatten von den Beschränkungen aus, soweit Verfügungen im Rahmen einer Auseinandersetzung des Gesamtgutes erfolgen. Sonst würde eine vernünftige Auseinandersetzung unmöglich gemacht.²⁾

2) Kritik

Methodisch handelt es sich bei den geschilderten Überlegungen um eine Analogie zu dem Fall, daß ein Miteigentumsanteil einer Vorerbschaft unterliegt. Es muß daher untersucht werden, ob dasjenige, worin die beiden verglichenen Tatbestände übereinstimmen, wesentlich ist und dasjenige, worin sie nicht übereinstimmen, unwesentlich.³⁾

1) Prölss, a.a.O. S. 98, rechte Spalte, spricht von "nichtig". Das ist sicher unrichtig, denn Unwirksamkeit tritt nur im Falle des Eintritts der Nacherbfolge ein: vgl. z.B. Batholomeyczik, Erbrecht, § 41 VI 2a bb (S. 271); Erman-Hense, § 2113 Anm. 2.

2) Prölss a.a.O. S. 98 rechte Spalte.

3) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 288; Canaris, Lücken im Gesetz S. 19 ff, 39.

Auf den ersten Blick scheint hier tatsächlich ein gerechter Interessenausgleich zu erfolgen. Wertmäßig entsprechen nämlich die ideellen Hälftbruchteile der Gegenstände des Gesamtgutes dem Anteil eines Gesamthänders am Gesamtgut. Der Ehegatte kann somit über Anteile frei verfügen, die seiner wertmäßigen Beteiligung am Gesamtgut entsprechen; dem Nach-
erben bleiben ebenfalls die seinem Anteil wertmäßig entsprechenden Hälftbruchteile. Die Nachteile der beiden zuerst erörterten Auffassungen entfallen.

Wenn das Gesetz aber die Fortdauer der gesamthänderischen Bindung auch nach Ende der Gütergemeinschaft (bis zum Ende der Auseinandersetzung) anordnet, dann muß genau untersucht werden, welcher rechtspolitische Zweck damit verfolgt wird und ob dieser Zweck nicht durch eine vorweggenommene Teilung der Gegenstände des Gesamtgutes in unzulässiger Weise vereitelt wird. Während Batsch zu dem Ergebnis gelangt, daß mit dem Erwerb des Alleineigentums durch den vorerbenden Ehegatten das Erfordernis einer Auseinandersetzung entfalle und damit eine "Zweckerreichung" der Gesamthand eintritt, wird diese Frage von Prölss gar nicht gestellt.¹⁾

Vereinigen sich Gesamthandsanteile in einer Hand zu Alleineigentum, dann ist im allgemeinen eine Auseinandersetzung des ehemaligen Gesamtgutes weder nötig noch möglich.

1) Batsch a.a.O. und Prölss a.a.O.

Wird beispielsweise ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte alleiniger (und unbeschränkter) Erbe des anderen Ehegatten, dann braucht normalerweise keine Auseinandersetzung des ehemaligen Gesamtgutes stattzufinden, und der überlebende Ehegatte kann über die Gegenstände des Gesamtgutes frei verfügen. Hier besteht jedoch die Besonderheit, daß der Gesamthandsanteil des verstorbenen Ehegatten zu einer Erbschaft gehört, die mit einem Anwartschaftsrecht des Nacherben belastet ist.¹⁾ Der vorerbende Ehegatte wird deshalb zwar Alleineigentümer, dieses Eigentum besteht aber aus zwei dogmatisch sehr wohl unterscheidbaren und zu unterscheidenden Teilen: dem freien Anteil und dem Anteil, welcher zu der belasteten Erbschaft gehört. Durch diese Belastung des ererbten Anteiles mit einer Vorerbschaft bleibt die Gesamthandsbeziehung in Bezug auf die beiden Anteile bestehen, und zwar so lange, bis das Gesamtgut vollständig auseinandergesetzt ist.²⁾ Im Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge erstarkt nämlich das Anwartschaftsrecht des Nacherben zum Vollrecht, wobei zu seiner Erbschaft auch der Gesamtgutsanteil gehört.³⁾

1) Vgl. zur Anwartschaft des Nacherben Bartholomeyczik, Erbrecht, § 41 IV 1 (S. 265 ff); Lange, Erbrecht, § 26 VII 1 (S. 265); v. Lübtow, Erbrecht, S. 629 ff m.w.Nw.

2) so auch Erman-Bartholomeyczik (5. Auflage), § 1482 Rdnr. 3; Soergel-Knopp, § 2113 Rdnr. 3.

3) im Ergebnis ebenso Köster, a.a.O. S. 248 mit der unscharfen Begründung, es bestehe zwischen Vor- und Nacherbfall eine "gedachte Mithberechtigung an den Gegenständen des ehemaligen Gesamtgutes".

Spätestens dann kann das Gesamtgut zwischen dem Nacherben und dem Inhaber des anderen Anteiles auseinandergesetzt werden. Hierbei sind die verschiedensten Konstellationen denkbar. Tritt der Nacherbfall vor dem Tode des vorerbenden Ehegatten ein, dann findet die Auseinandersetzung zwischen dem Nacherben und dem überlebenden Ehegatten statt. Tritt die Nacherbfolge beim Tode des vorerbenden Ehegatten ein und wird dieser von anderen Personen beerbt, dann erfolgt die Auseinandersetzung zwischen dem Nacherben und diesen anderen Personen. Beerben dieselben Personen bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses (vor dem Tode des Vorerben) den Erblasser als Nacherben und beim Tode des vorerbenden Ehegatten diesen, dann können sich Nacherbe und vorerbender Ehegatte in der Zwischenzeit (zwischen Nacherbfall und Tod des vorerbenden Ehegatten) auseinandersetzen.

Etwas problematischer erscheint lediglich der Fall, daß ein oder mehrere Erben mit dem Tode des vorerbenden Ehegatten sowohl diesen als auch den Erblasser (als Nacherben) beerben. Hier vereinigen sich dann die Anteile an der beendeten Gütergemeinschaft endgültig in einem Vermögen, und zwar auch dann, wenn mehrere Erben vorhanden sind. In diesem Falle braucht man nämlich nur die Erbengemeinschaft auseinanderzusetzen, nicht dagegen die gar nicht mehr existente Gütergemeinschaft. Entscheidend ist aber, daß im Zeitpunkt des Vorerbfalles nie mit Sicherheit feststehen kann, ob eine solche endgültige Vereinigung der Gesamthandanteile der ehemaligen Gütergemeinschaft eintritt. Der vor-

erbende Ehegatte kann nämlich hinsichtlich des ihm zustehenden Anteiles grundsätzlich frei testieren. Selbst wenn er aber - etwa durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag - gebunden ist, können Anfechtungsmöglichkeiten bestehen.¹⁾ In diesem Fall muß dann - ebenso wie in den vorherigen Fällen - eine Auseinandersetzung des Gesamtgutes stattfinden.

Läßt sich als Ergebnis dieser Überlegungen die Feststellung treffen, daß eine Auseinandersetzung über das Gesamtgut auch dann stattzufinden hat, wenn der Überlebende Ehegatte Vorerbe des Gesamtgutanteils des verstorbenen Ehegatten geworden ist, dann steht gleichzeitig fest, daß eine reale Teilung der Gegenstände des Gesamtgutes oder die Einräumung von Miteigentum nicht zu einer der Teleologie des Gesetzes entsprechenden Lösung führen kann. Die Auseinandersetzung des Gesamtgutes hat nämlich keineswegs nur durch Realteilung oder Einräumung von Miteigentum an den Gesamtgutsgegenständen zu erfolgen. Jeder Anteilsinhaber muß sich vielmehr nach § 1476 Abs. 2 zunächst dasjenige anrechnen lassen, was er persönlich zum Gesamtgut zu ersetzen hat. Hierbei ist durchaus der Fall denkbar, daß der zu ersetzende Betrag den Wert des Gesamtgutanteils eines Ehegatten erreicht (oder ihn sogar übersteigt). Liegen diese Voraussetzungen beim Überlebenden Ehegatten vor (schuldet er also zum Gesamtgut), dann fällt dem Nacherben bei einer Auseinandersetzung das ganze Gesamtgut zu.

Vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, § 25 IV (S. 143); v. Lübtow
1) Erbrecht I, S. 444 ff.

Verfügt nun der überlebende Ehegatte vorher über die reale Hälfte eines Gegenstandes unentgeltlich oder räumt er daran Miteigentum ein, dann würden dem Nacherben Grundstücksteile entzogen, die ihm im Falle der vom Gesetz vorgesehenen Auseinandersetzung zukommen würden. Hinzu kommt die wirtschaftlich sehr bedeutsame Regelung des § 1477 Abs. 2. Danach kann jeder Ehegatte gegen Wertersatz bestimmte Gegenstände übernehmen. Auch diese Gegenstände werden dem Nacherben bei einer Verfügung über Hälfteanteile entzogen. Umgekehrt kann aber die Anwendung des § 2113 auf ideelle Hälftebruchteile auch zu einer gleichen Benachteiligung des vorerbenden Ehegatten (hinsichtlich seines eigenen Anteiles am Gesamtgut) führen. Auch er ist nämlich gezwungen, sofern er überhaupt verfügen will, eine Teilung von Gegenständen vorzunehmen, die ihm bei einer ordnungsgemäßen Auseinandersetzung möglicherweise ganz zufallen würden.

Ein ganz entscheidender Mangel der Anwendung des § 2113 auf ideelle Hälftebruchteile besteht zudem darin, daß der vorerbende Ehegatte gezwungen ist, einheitliche Wirtschaftsgüter zu zerstückeln. Wirtschaftlich vernünftig wird meist nur eine Auseinandersetzung nach einem Teilungsplan sein.¹⁾ Das Gesetz hat das durch den Vorrang der vertraglichen Auseinandersetzung ausdrücklich anerkannt (vgl. § 1474: "soweit sie nichts anderes vereinbaren".)

1) Vgl. Beitzke, Familienrecht, § 16 VII 2 (S. 113);
Gernhuber, Familienrecht, § 38 X 7 (S. 432).

Erst recht erscheint die Lösung von Prölss für den Fall unbefriedigend, daß ein anderer als der überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen wird.¹⁾ Das vorgeschlagene Nebeneinander von Verfügungen über Hälftebruchteile (Einräumung von Miteigentum) einerseits und freier Verfügung über die Gegenstände im Rahmen der Auseinandersetzung andererseits läßt sich nicht mit der rechtspolitischen Zwecksetzung einer Fortdauer der Gesamthandsbindung in Einklang bringen. Unklar bleibt vor allem das rechtliche Schicksal der verbleibenden Hälften, wenn über Hälftebruchteile verfügt oder Miteigentum eingeräumt wurde. Wie soll sich dann die Auseinandersetzung hinsichtlich der verbliebenen Hälften gestalten? Die Frage drängt sich auf, ob eine Differenzierung zwischen Verfügungen vor der Auseinandersetzung (dann nur beschränkt wirksam) und während der Auseinandersetzung (dann volle Wirksamkeit auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge) in dieser Weise sinnvoll durchzuführen ist. Wenn nämlich dem Vorerben und dem Ehegatten unbeschränkte Verfügungsbefugnis im Rahmen der Auseinandersetzung eingeräumt wird, dann fragt es sich, welchen Sinn daneben noch Verfügungen über Miteigentumsanteile erlangen sollen. In der Praxis werden sie nämlich alle Verfügungen, die die Rechte des Nacherben beeinträchtigen, als "Verfügungen im Rahmen einer Auseinandersetzung" vornehmen.

1) Vgl. Prölss a.a.O. S. 98.

Unbefriedigend ist schließlich auch die unterschiedliche Behandlung von vorerbenden Ehegatten einerseits und Ehegatten und Vorerben andererseits. Während der vorerbende Ehegatte darauf beschränkt bleiben soll, (in wirtschaftlich meist unsinniger Weise) Miteigentum an den Gegenständen des Gesamtgutes einzuräumen oder Hälften zu veräußern, können Vorerbe und Ehegatte eine von den Beschränkungen der Nacherbschaft völlig unabhängige Verteilung des Gesamtgutes vornehmen.

Keine der bisher zur Stellung des Vorerben bei beendeter Gütergemeinschaft vertretenen Auffassungen kann demnach voll befriedigen. Erachtet man Verfügungen über Gegenstände des Gesamtgutes als im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam, dann wird der Ehegatte als Inhaber seines eigenen Anteils in untragbarer Weise benachteiligt. Nimmt man völlige Verfügungsfreiheit über die Gegenstände des Gesamtgutes an, dann erhält der Nacherbe praktisch die Stellung eines Erbeserben. Ihm bleibt lediglich ein Schadensersatzanspruch nach § 2138 Abs. 2 (2. Alt). Aber auch die "Bruchteilslösung" führt zu keinem befriedigenden Ergebnis. Durch die gesetzlich angeordnete Fortdauer der gesamthänderischen Bindung soll (neben dem Schutz der Gläubiger)¹⁾ eine sinnvolle Verwaltung und Auseinandersetzung des Gesamtgutes gewährleistet werden.

1) Vgl. Motive bei Mugdan, Familienrecht S. 217 ff.

Diese rechtspolitische Zwecksetzung wird von der Bruchteils-
lösung außer acht gelassen, sie führt zu einer wirtschaft-
lich unerwünschten Zerstückelung des Gesamtgutes, die weder
den Interessen des vorerbenden Ehegatten noch den Interessen
des Nacherben gerecht wird.

C. Das Problem der Verfügungsbeschränkungen über Gesamthands-
gegenstände, wenn ein Anteil einer Erbschaft einer Vor-
und Nacherbschaft unterliegt

I. Der Erbschaftsanteil als Gegenstand einer Vor- und
Nacherbschaft

Ebenso wie der Anteil an einer beendeten Gütergemeinschaft kann auch ein Miterbenanteil zu einem Nachlaß gehören, der den Beschränkungen einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn zum Vermögen des Erblassers bereits der Anteil an einer Erbschaft X gehört und E nun seinerseits den A zum Vorerben und den B zum Nacherben einsetzt. Der Fall ist - soweit ersichtlich - noch nicht erörtert worden.

Denkbar ist aber auch, daß ein Erblasser mehrere Erben einsetzt und nur einen (oder einige) von ihnen einer Vor- und Nacherbschaft unterwirft. Es entsteht dann ebenfalls ein nacherblich belasteter Gesamthandsanteil. Systematisch unterscheidet sich dieser Fall von den bisher erörterten Fällen dadurch, daß nicht ein bereits bestehender Gesamthandsanteil in eine Vor- und Nacherbschaft gelangt. Vielmehr entsteht der Gesamthandsanteil erst mit dem Eintritt des Vorerbfallles, und zwar belastet mit einer Vorerbschaft.

II. Die Problematik einer Entscheidung nach dem strengen Wortlaut (völlige Verfügungsfreiheit der Erbengemeinschaft)

Entscheidet man nach dem strikten Wortlaut, dann können der Vorerbe und die übrigen, "an sich" nicht belasteten Miterben, frei über die Gegenstände der Erbschaft verfügen.¹⁾

Im ersten Fall sind nicht die Gegenstände der Erbschaft X in die Vor- und Nacherbschaft gefallen, sondern lediglich der Anteil des E an dieser Erbschaft. Aber auch im zweiten Falle unterliegen nicht die Gegenstände der Erbschaft den nacherblichen Beschränkungen, sondern lediglich der Gesamthandsanteil der Miterbengemeinschaft.

In beiden Fällen würden aber auch hier die Belange des Nacherben in bedenklicher Weise beeinträchtigt, wenn man den Verfügungen des Vorerben (die er zusammen mit den übrigen Miterben trifft) volle Wirksamkeit auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge zuerkennen würde. Das oben zur Gütergemeinschaft Gesagte gilt entsprechend.²⁾

-
- 1) Inwieweit der Vorerbe in der Verfügung über seinen Erbanteil eingeschränkt ist, ist ein besonderes Problem, das von der Thematik der Arbeit nicht erfaßt wird. Vgl. LG Düsseldorf (JMBl NRW 1960, 101), das § 2113 auf Verfügungen des Vorerben über einen Miterbenanteil, der zum Nachlaß gehört, entsprechend anwenden will, wenn der Wert des Miterbenanteils dadurch bestimmt wird, daß Grundeigentum zu diesem Nachlaß gehört. Bei der Gütergemeinschaft taucht dieses Problem nicht auf wegen §§ 1471 Abs. 2 mit 1419. Eine Verfügung über den Gesamtgutsanteil ist dort ohnehin unwirksam. Vgl. auch Palandt-Keidel § 2112 Anm. 1; Staudinger-Seybold § 2112 Rdnr. 16.
- 2) Vgl. oben S. 15 ff.

III. Die Problematik der Auffassung, welche die Erbschaftsgegenstände in vollem Umfange den nacherblichen Beschränkungen unterwerfen will

Das Reichsgericht hatten den ähnlichen Fall zu entscheiden, daß ein Miterbe seinen Anteil an der Erbschaft verpfändet hatte und die Miterben danach Verfügungen über Erbschaftsgegenstände vorgenommen hatten.¹⁾ Das RG kam zu der Auffassung, daß die Veräußerung einzelner Gegenstände aus der Erbschaft ohne Zustimmung des Pfandgläubigers unwirksam sei. Der Miterbe sei in seiner ihm nach § 2040 Abs. 1 zustehenden Mitverfügungsmacht über Nachlaßgegenstände zu Gunsten des Pfandgläubigers beschränkt. Wenn der verpfändende Miterbe ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück (in Gemeinschaft mit den anderen Miterben) ohne Rücksicht auf die Verpfändung veräußern oder belasten könnte, dann hätte dies eine Beeinträchtigung des Pfandrechts an dem Erbteil zur Folge, denn die einzelnen Nachlaßgegenstände würden dem Anteilsrecht erst "Inhalt und Wert" geben.²⁾

1) RGZ 90, 232 ff, Bay ObLG NJW 1959, 1780.

2) Zustimmend Erman-Ronke, § 1276 Anm. 1; Baumbach-Lauterbach, § 859 Anm. 2 B; Palandt-Degenhart, § 1276 Anm. 1a; Westermann, Lehrbuch Sachenrecht § 136 II 2b; Börner, JUS 68, 109; v. Lübtow, Erbrecht II, 5. Hauptteil, 4. Kapitel § 5 B II (S. 820). Früher a.A. Planck-Strecker, § 1258 Anm. 2a; OLG Karlsruhe, OLGZ 12, 368; OLG Colmar JurZ Elsaß-Lothringen 1906, 14 ff.

Überträgt man diese Überlegungen auf den Fall, daß ein Erbanteil nacherblichen Belastungen unterliegt, dann gilt gleiches für die Belange des Nacherben: Nur eine Beschränkung, die sich auch auf die Nachlaßgegenstände erstreckt, kann den Nacherben vor der Aushöhlung des ihm nach § 2113 zustehenden Schutzes bewahren. Wie im Fall der beendeten Gütergemeinschaft würde aber eine völlige Beschränkung der Miterben zu einer nicht zu rechtfertigenden Beeinträchtigung der Rechte der übrigen Miterben führen. Da es in der Entscheidung des Reichsgerichts nur darum ging, ob die Verpfändung des Miterbenanteils im Grundbuch eingetragen werden kann, brauchte nicht entschieden zu werden, in welchem Umfang Verfügungen der Miterben unwirksam sind oder in welchem Umfang der Pfandgläubiger zur Einwilligung zu Verfügungen gezwungen werden kann.

IV. Die Problematik einer Beschränkung der Verfügungsmacht auf Hälftebruchteile der Erbschaftsgegenstände (Einräumung von Miteigentum)

Wie bei der beendeten Gütergemeinschaft läßt sich das Problem auch hier nicht dadurch lösen, daß man den Miterben gestattet, über entsprechende Miteigentumsanteile zu verfügen oder reale Bruchteile zu veräußern.

Das würde auch hier zu einer teilweisen Vereitelung der rechtspolitischen Zwecksetzungen führen, die das Gesetz durch die gesamthänderische Bindung des Nachlaßvermögens erreichen will.¹⁾ Die zum Fall der beendeten Gütergemeinschaft angestellten Überlegungen gelten auch hier entsprechend.²⁾

-
- 1) Vgl. zum Gesamthandszweck bei der Erbengemeinschaft: Bartholomeyczik, Erbrecht § 36 I (S. 228 ff); v. Lübtow, Erbrecht II, 5. Hauptteil, 4. Kapitel § 1 (S. 295)
- 2) Vgl. oben Seite 27 ff.

D. Das Problem der Verfügungsbeschränkungen über Gesamthands-
gegenstände, wenn ein Gesellschaftsanteil einer Vor- und
Nacherbschaft unterliegt

I. Der Gesamthandsanteil einer Personengesellschaft als Ge-
genstand einer Vor- und Nacherbschaft

1) Die Rechtslage bei einer vertraglich vereinbarten Fort-
setzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaf-
tern

Probleme hinsichtlich der Verfügungsbefugnis über zum Ge-
samthandsgut der Gesellschaft gehörende Gegenstände können
nur dann auftreten, wenn der Gesamthandsanteil des verstor-
benen Gesellschafters zur Vorerbschaft gehört. Es scheiden
daher von vornherein diejenigen Fälle aus, in denen im Ge-
sellschaftsvertrag bestimmt ist, daß die Gesellschaft beim
Tode eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaf-
tern fortgesetzt werden soll, vgl. § 736 und § 138 HGB.
Hier wächst der Anteil am Gesellschaftsvermögen den übr-
igen Gesellschaftern kraft Gesetzes von selbst zu. In die
Erbmasse gelangt daher lediglich ein schuldrechtlicher Ab-
schichtungsanspruch.¹⁾ Eine gesamthänderische Bindung zw-
ischen dem Vorerben und den verbleibenden Gesellschaftern
besteht dagegen nicht.

1) Palandt-Thomas § 738 Anm. 2; Baumbach-Duden, Handelsge-
setzbuch § 138 Anm. 4; Siebert, Gesellschaftsvertrag und
Erbrecht S. 9 (1b); Schlegelberger-Geßler, § 138
Anm. 8, 13, 17 ff.

2) Die Rechtslage im gesetzlichen Regelfall

Im gesetzlich vorgesehenen Regelfall wird sowohl die BGB-Gesellschaft als auch die OHG durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst (§ 727 Abs. 1 BGB und § 131 Ziff. 4 HGB). In die Vorerbschaft gelangt hier zwar nicht die ursprüngliche Gesellschafterstellung, wohl aber der Anteil des (auf Liquidation gerichteten) Gesamthandvermögens.¹⁾ Verfügen nun die Mitglieder der Liquidationsgesellschaft über Grundstücke, die zum Gesamthandsvermögen der beendeten Gesellschaft gehören, oder verfügen sie unentgeltlich über Gesellschaftsgegenstände, dann stellt sich auch hier die Frage, ob oder inwieweit solche Verfügungen im Falle des Eintritts der Nacherfolge wirksam bleiben.

3) Die Rechtslage bei Fortsetzung der Gesellschaft mit einem Vorerben

a) Fortsetzung aufgrund einer Nachfolgeklausel

Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt sein, daß die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt werden soll (§ 727 Abs. 1, 2. Alt., BGB § 139 Abs. 1 HGB).

1) Erman-Bartholomeyczik, § 1922 Rdnr. 26 (a.A. Staud.-1922 Rdnr. 162); Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht ... Seite 9 (1a); Langenbach, "Die Rechtsnachfolge des Vorerben", Mitteilgn. Rheinische Notarkammer 2/65 Seite 57 ff (86) m.w.Nw.

Es wird die Auffassung vertreten, daß der Übergang der Gesellschafterstellung (und damit des Gesamthandanteils am Gesellschaftsvermögen) nicht kraft Erbrechts erfolgt, sondern daß der Übergang eine nach § 139 HGB eintretende Folge der Nachfolgeregelung im Gesellschaftsvertrag ist.¹⁾ Die Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrages soll danach bereits die Verfügung über den Anteil darstellen; durch Erbrecht werde dann lediglich bestimmt, wer durch diese Nachfolgeregelung begünstigt wird. Würde dies zutreffen, dann könnte die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft von vornherein keinerlei Auswirkungen auf die Verfügungsbefugnis der Gesellschafter haben. Geht der Gesellschaftsanteil nicht kraft Erbrecht über, dann kann auch eine vorerbrechtliche Befangenheit des Anteils und der Gegenstände nicht in Frage kommen.²⁾

-
- 1) Lehmann, Handelsgesetzbuch, § 139 Nr. 2; Goldmann, Handelsgesetzbuch § 139 Rdnr. 8; Staudinger-Boehmer (10. Aufl.), § 1922 Anm. 162; Lange, Erbrecht, § 31 V 1 (S. 342); Michaelis, ZAKfDR 1943, S. 233, der aber die erbrechtlichen Vorschriften über Nachlaßhaftung und Nachlaßverwaltung für anwendbar hält. RGZ 16, 40 (56 ff) ff. Vgl. auch Hueck, Recht der oHG (2. Aufl.) S. 268, 269; RGRK HGB Weipert (2. Aufl.) § 139 Anm. 15; RGZ 145, 294 (298); 170, 392 (394); RGDR 43, 1229.
- 2) Staudinger-Seybold, § 2113 Rdnr. 5; Soergel-Ehard-Eder, § 2113 Rdnr. 2, beide im Anschluß an KG JR 1926 Nr. 2354.

Nach herrschender und richtiger Auffassung geht jedoch die Gesellschaftserstellung des Erblassers kraft Erbrechts durch das Ineinandergreifen von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht über.¹⁾ Die Deutung der Nachfolgeklausel als verfügenden Bestandteil der Übertragung stößt auf ganz erhebliche Bedenken. Diese Deutung der Nachfolgeklausel wäre nämlich nichts anderes als ein durch den Tod des Gesellschafters aufschiebend bedingter Verfügungsvertrag. Auch wenn man einen "Verfügungsvertrag zu Gunsten Dritter" grundsätzlich für zulässig hält,²⁾ so würde ein solcher Vertrag hier den Erben nicht nur begünstigen, sondern auch mit den Gesellschaftspflichten belasten. Die Nachfolgeklausel als aufschiebend bedingte Verfügung wäre daher nichts anderes als ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter.³⁾

-
- 1) Für uneingeschränkten Übergang der Gesellschafterstellung: Staudinger-Boehmer (11. Aufl.), § 1922 Rdnr. 162; Palandt-Thomas, § 727 Anm. 1a; Siebert, "Gesellschaftsvertrag und Erbrecht..." S. 19 f; Kipp-Coing, Erbrecht, § 91 IV 8d (S. 403); BGHZ 22, 186 (191); Erm.-Bartholomeyczik, § 1922, Rdnr. 28; vor 2032 Rdnr. 7.
Für Übergang nur der vermögensrechtlichen Bestandteile und Neuentstehung der persönlichkeitsbezogenen Rechte und Pflichten: Schlicht, NJW 1954, 984 ff; Wolf, NJW 1954, 1549; Donner, NDotZ 1944, 143 (150); Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 139 Rdnr. 5.
 - 2) Larenz, Schuldrecht I, § 17 IV (S. 170); Westermann, Sachenrecht, § 3 II 4 (S. 18); Enneccerus-Lehmann, § 34 VI; Soergel-Schmidt, Vor § 328 Rdnr. 3. Bedenken bei Boehmer, Grundlagen 2. Buch 2. Abt. S. 86.
 - 3) Siebert, "Gesellschaftsvertrag und Erbrecht", S. 17. Vgl. dort auch zu den Bedenken gegen eine Auffassung der Nachfolgeklausel als Vertragsangebot an den Erben.

Außerdem wird durch diese Lösung das Prinzip der Universal-sukzession außer Acht gelassen, wodurch die Interessen der Miterben und der Nachlaßgläubiger beeinträchtigt werden können. Den Nachlaßgläubigern wird der Zugriff auf den Gesellschaftsanteil ebenso entzogen wie den Pflichtteilsberechtigten.¹⁾

Es ist deshalb der ganz herrschenden Meinung zu folgen, wonach die Gesellschaftserstellung durch eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Nachfolgeklausel Vererblichkeit erlangt. Hat der Erblasser Vor- und Nacherbschaft angeordnet, unterliegt der Gesellschaftsanteil deshalb der Vor- und Nacherbschaft.

b) Fortsetzung aufgrund Eintrittsklausel

Die Fortsetzung einer Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters kann auch aufgrund einer Eintrittsklausel erfolgen. Eine solche im Gesellschaftsvertrag enthaltene Bestimmung gibt den Erben das Recht, nach eigenem Ermessen zu entscheiden, ob sie nach dem Tode eines Gesellschafters in die Gesellschaft eintreten wollen oder nicht.²⁾

1) Vgl. LG Bremen NJW 55, 477 (478).

2) Vergleich zur Ausgestaltung im einzelnen:
Siebert, "Gesellschaftsvertrag und Erbrecht.." S. 12 ff.

Für die Gesellschafter begründet eine solche Klausel die Pflicht, die Erben auf deren Verlangen in die Gesellschaft aufzunehmen. Es entsteht mit dem Tode des Gesellschafters für die Erben zunächst ein Abfindungsanspruch nach § 738. Die Erben können jedoch durch einseitige Erklärung ihren Eintritt in die Gesellschaft erklären. Dadurch wird eine neue Beteiligung auf der Grundlage des ursprünglichen Auseinandersetzungsanspruches begründet.¹⁾

Hat der Erblasser Vor- und Nacherbschaft angeordnet, unterliegt daher zunächst nur der Abschichtungsanspruch der Vorerbschaft; vom Zeitpunkt des Eintritts der Vorerben in die Gesellschaft verwandelt sich dieser Anspruch wieder in eine Beteiligung samt zugehörigem Erbschaftsanteil. Es liegt daher ein rechtsgeschäftlicher Erwerb mit Mitteln der Erbschaft vor. Der Gesellschaftsanteil unterliegt somit als Surrogat des Abschichtungsanspruchs gemäß § 2111 ebenfalls der Vor- und Nacherbschaft.²⁾ Sowohl bei einer Fortsetzung der Gesellschaft durch Nachfolgeklausel als auch bei einer Fortsetzung aufgrund Eintrittsklausel unterliegt also der Gesamthandsanteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen - sofern er dies durch letztwillige Verfügung angeordnet hat - der Vor- und Nacherbschaft.

1) Erman-Bartholomeyczik, § 1922 Rdnr. 28 a.E.; Staudinger-Boehmer, § 1922 Rdnr. 162; Staudinger-Geiler-Kessler, § 727 Rdnr. 14; Palandt-Keidel, § 1922 Anm. 3a cc.

2) Vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, § 41 IX 3 (S. 277) und § 34 VII 2 (S. 215).

Für den Fall, daß sich ein Vorerbe mit Nachlaßmitteln an einer Gesellschaft beteiligt: Palandt-Keidel § 2111 Anm. 2b; Erman-Hense, § 2111 Anm. 2.

Haben die Gesellschafter in der Zeit zwischen Eintritt des Erbfalles und Eintritt des Nacherbfalles über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens verfügt, stellt sich hier die gleiche Frage wie bei der beendeten Gütergemeinschaft. Bleiben Grundstücksverfügungen und unentgeltliche Verfügungen über Gesellschaftsgegenstände im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam oder müssen die zum Schutz des Nacherben bestehenden Beschränkungen des § 2113 auch bei Verfügungen über die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens gelten?¹⁾

II. Die bisher vertretenen Ansichten zur Verfügungsbefugnis des Vorerben über Gesellschaftsgegenstände

Das Landgericht Bremen hat in der Verpfändung gesellschaftseigener Hypotheken durch die Gesellschafter-Vorerbin eine Verfügung im Sinne des § 2113 gesehen und ihr daher nach Eintritt des Nacherbfalles die Wirksamkeit versagt.

1) Neben der in dieser Arbeit behandelten Problematik der Verfügungsbeschränkungen bei Verfügungen über Gesellschaftsgegenstände ergibt sich bei der vorerblichen Belastung eines Gesellschaftsanteils eine Fülle weiterer Probleme. Vgl. eingehend Rohlff, "Nießbrauchsvermächtnis oder Vor- und Nacherbschaft im Unternehmertestament", Diss. Göttingen 1968 S. 81 ff, sowie Baur-Grunsky, "Eine Einmann-oHG" - zugleich ein Beitrag zur Vor- und Nacherbschaft an einem oHG-Anteil, in ZHR 1970, 209.

Der auf die Vorerbin entfallene Teil habe ihr nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur "in ihrer Eigenschaft als Vorerbin des verstorbenen Gesellschafters" zugestanden.¹⁾

Mit widersprüchlichen Argumenten aus dem "Wesen der Gesamthand" ist diese Entscheidung im wesentlichen auf Ablehnung gestoßen. An den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen bestünden keine Rechte der einzelnen Gesellschafter. Unterwerfe man daher den Gesellschafter-Vorerben den Verfügungsbeschränkungen des § 2113, so würde das Wesen der Gesamthandsgemeinschaft verkannt.²⁾ Die gesamthänderische Verbundenheit schiebe sich als eigene "rechtlich selbständige Eigentums- und Verfügungszuordnung" zwischen Einzelgegenstand und Nachlaß.³⁾

Umgekehrt ist Picot der Auffassung, daß die Gegenstände in einer zum Nachlaß gehörenden Gesamthandsbeteiligung als Nachlaßgegenstände betrachtet werden müßten.⁴⁾ Jedem Gesamthänder stehe "ungeteilte Vollberechtigung" an den Gegenständen des Gesamthandgutes zu, die nur durch die gleiche Berechtigung der anderen Gesamthänder beschränkt sei.

-
- 1) Landgericht Bremen NJW 1954, 477; ihm folgt Schlicht NJW 1954, 984.
 - 2) Hueck in der Anmerkung zum Urteil des LG Bremen a.a.O.
 - 3) Rohlff "Nießbrauchsvermächtnis oder Vor- und Nacherbschaft im Unternehmertestament" S. 124; H.G. Langenbach, Mitteilungsblätter Rh. Notarkammer 2/65 S. 100; so auch KG OLG 462 (265).
 - 4) Picot, Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschafterstellung, S. 19.

Obwohl nun daraus "an sich" folgen würde, daß Verfügungen über Gesellschaftsgegenstände im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam seien, wird das gegenteilige Ergebnis daraus hergeleitet, daß die OHG einer juristischen Person angenähert sei. Wenn der OHG das Recht genommen würde, über die Gesellschaftsgegenstände voll wirksam zu verfügen, würde sie in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit und in ihrer Kreditfähigkeit untragbar beeinflusst.¹⁾

Wenn der Kritik an der Entscheidung des LG Bremen auch im Ergebnis zuzustimmen sein wird, so erscheint doch der methodische Weg sehr zweifelhaft. Aus einer vorgefaßten Theorie über die Rechtsnatur der Gesamthand wird zunächst ein anscheinend zwingendes Ergebnis hergeleitet, was sich dann aber bei näherer Betrachtung als untragbar herausstellt. Eine Theorie zur Gesamthand muß sich aber gerade daran messen lassen, ob daraus praktische, logisch-dogmatische Folgerungen gezogen werden können.²⁾

1) Picot, a.a.O. S. 22.

2) Bartholomeyczik, Festschrift Reinhardt S. 13.

Z w e i t e s K a p i t e l

Die Bedeutung der "Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft"
für die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben

I. Der Zusammenhang zwischen Rechtszuständigkeit und Verfügungsbeschränkungen nach § 2113 BGB

Rechtszuständigkeit bedeutet die Beziehung zwischen dem Berechtigten zum Rechtsgegenstand im Sinne eines unmittelbar auf die Beherrschung des Gegenstandes gerichteten subjektiven Rechts.¹⁾ Soweit diese Herrschaft über einen Gegenstand reicht, soweit reicht im allgemeinen auch die Befugnis einer Person, über den Gegenstand letztwillig zu verfügen.

Steht ein Gegenstand im Alleineigentum einer Person, und ordnet diese letztwillig Vor- und Nacherbschaft an, dann unterliegt dieser Gegenstand den Beschränkungen des Vorerben in dem vom Erblasser angeordneten Umfange. Aus der vollen Rechtszuständigkeit folgt hier gleichsam die Rechtsmacht von Todes wegen in der Weise zu verfügen, daß nur eine beschränkte Verfügungsmacht des Vorerben eintritt.

1) Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 51 II 1 im Anschluß an Lawsen, Festschrift für Martin Wolff 1952, S. 103 ff., 122; Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 118. Zur Güterzuordnung vgl. Motive bei Mugdan III, S. 1; Westermann, Sachenrecht, § 2 II (S. 9); Heck, Sachenrecht, § 1,3; Baur, Sachenrecht, § 4 I (S. 26).

Steht ein Gegenstand mehreren Personen nach § 741 ff, (§ 1008 ff.) gemeinschaftlich zu, dann besteht keine Rechtsbeziehung zwischen den Gemeinschaftern und realiter begrenzba- ren Teilen des Gegenstandes. Vielmehr besteht Rechtszu- ständigkeit der Gemeinschafter nur an den besonders ausge- stalteten Anteilen an der Gemeinschaft, wobei die Rechtsmacht der Gemeinschafter durch die Befugnisse der übrigen Gemein- schafter begrenzt und bestimmt wird.¹⁾ Über diese Mitberech- tigung, seinen "Anteil an dem Gegenstand", kann jedoch jeder Gemeinschafter frei verfügen (vgl. § 747 S. 1). Ordnet ein Erblasser Vor- und Nacherbschaft an, und gehört zu seinem Nachlaß ein Anteil an einer Gemeinschaft nach Bruchteilen, dann erstrecken sich die vorerblichen Verfügungsbeschränkun- gen auch auf den Anteil. Verfügungen des Vorerben über An- teile an Grundstücken und allgemein unentgeltliche Verfü- gungen über Anteile an gemeinschaftlichen Gegenständen sind im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam.²⁾ Auch in diesem Falle werden also die Verfügungsbeschränkun- gen des Vorerben durch die Rechtszuständigkeit an den Ge- genständen bestimmt.

-
- 1) Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 183 II; Larenz, Jher. Jahrb. 83, S. 165.
2) Erman-Ronke, § 1008 Rdnr. 2; Palandt-Degenhart, Einf. v. § 1008 Anm. 2; Palandt-Reidel, § 2113 Anm. 1; RGZ 146, 354; Vgl. auch BayObLG 68, 104.

Steht ein Gegenstand dagegen einer juristischen Person zu, dann besteht eine Zuständigkeitsrelation zwischen juristischer Person und den zum Vermögen der juristischen Person gehörigen Gegenständen. Letztwillige Verfügungen natürlicher Personen, die an juristischen Personen beteiligt sind, können daher nicht die zum Vermögen der juristischen Person gehörigen Gegenstände erfassen, und auch nacherbliche Beschränkungen bleiben ohne Einfluß auf die Verfügungsmacht der juristischen Person über die ihr zustehenden Gegenstände.

Es liegt daher scheinbar nahe, auch bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand nach der Rechtszuständigkeit der zu ihr gehörigen Gegenstände zu fragen und daraus dann auf Verfügungsbeschränkung und Verfügungsbefugnis des Vorerben über die Gegenstände des Gesamthandsanteils zu schließen. Wie im ersten Kapitel dargestellt wurde, werden ja auch in der Tat aus verschiedenen Auffassungen über die Rechtszuständigkeit bei der Gesamthandsgemeinschaft verschiedene Lösungen des hier in Frage stehenden Problems gefolgert, wobei die Frage danach, wem die einzelnen Gegenstände der Gesamthand rechtlich zugeordnet sind, im allgemeinen schlechthin als die Frage nach der "Rechtsnatur der Gesamthand" bezeichnet wird.¹⁾

1) Vgl. Fabricius, "Relativität der Rechtsfähigkeit"
Seite 117.

Im folgenden soll deshalb die Frage gestellt werden, ob sich tatsächlich aus einer der verschiedenen Theorien zur Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand ein zwingendes Ergebnis herleiten läßt. Bei gebotener Zusammenfassung lassen sich dabei drei Grundauffassungen über die Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft unterscheiden:

1. die Auffassung der Gesamthandsgemeinschaft
als (relativer) juristischer Person
2. die Auffassung der Gesamthand nach der Vereinzelungstheorie
3. die Auffassung der Gesamthand nach der
(herrschenden) Verbundenheitslehre.

II. Die Gesamthandsgemeinschaft als "relative juristische Person"

Die Auffassung der Gesamthand als juristische Person verleiht den Gesamthändern in ihrer Verbundenheit die Qualität eines Rechtssubjektes.¹⁾

1) Buchda, Geschichte und Kritik der Gesamthandslehre, S. 217 ff (258); Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 134 ff für die Erbengemeinschaft: 145 ff; für die Gütergemeinschaft: 154 ff; für die Gesellschaft: 158 ff. Arwed Blomeyer, Die außerpositiven Grundlagen des Privateigentums S. 67 f; Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, Diss. Gießen 1911; vgl. auch schon Gareis, Deutsches Handelsrecht § 29 (für oHG und KG) und Wieland, Deutsches Privatrecht S. 425 ff. Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht 660 ff, spricht der Gemeinschaft zur gesamten Hand zwar Rechts- und Handlungsfähigkeit zu, faßt sie aber trotzdem nicht als juristische Person auf.

Neuerdings hat Fabricius in seiner Arbeit "Die Relativität der Rechtsfähigkeit" der Gesamthandsgemeinschaft diese Deutung gegeben.¹⁾ Daraus, daß bestimmte Rechte und Pflichten der Gemeinschaft als solcher (und nicht den einzelnen Mitgliedern) zugeordnet seien, folgere zwingend, daß die Einheit Zuordnungssubjekt sei und damit Teilrechtsfähigkeit bestehe. Wo einheitliche Zuordnung vorliege, müsse Rechtsfähigkeit der Einheit bestehen. Wer diese Konsequenz verleugne, verzichte auf ein klares konstruktives Prinzip der gesamthänderischen Zuständigkeit, denn dort, wo Einheit sei, könne keine Vielheit sein.

Nach Flume²⁾ ist die Gesamthand zwar keine juristische Person, da bei ihr nicht "die Organisation als solche, als Person verabsolutiert" werde³⁾. Gleichwohl hält Flume die "kollektive Einheit", die "Personengruppe" - im Gegensatz zu den einzelnen Gruppenmitgliedern - für die Trägerin an Rechtsbeziehungen.⁴⁾ Sofern mit dem Begriff der Teilrechtsfähigkeit nichts anderes zum Ausdruck gebracht werden solle, als daß der Gesamthand als Gruppe Rechte zugeordnet seien, könne man auch von einer Teilrechtsfähigkeit der Gesamthand sprechen.⁵⁾

1) Fabricius a.a.O. S. 134.

2) Flume, ZHR 136, 177 ff., der die Gesamthandsproblematik an der Rechtsfigur der Gesellschaft behandelt; das Recht der Gesellschaft als Gesamthand sei paradigmatisch für die Gesamthand "an sich".

3) Flume, a.a.O., S. 192.

4) Flume, a.a.O., S. 188, 192, 194.

5) Der Begriff habe jedoch tautologischen Charakter, Flume, a.a.O., S. 193.

Nach diesen Deutungen der Rechtsnatur der Gesamthand scheint sich zunächst eine bestimmte Lösung für den Fall aufzudrängen, daß ein Gesamthandsanteil einer Vorerbschaft unterliegt. Schiebt sich zwischen Gesamthänder und Gesamthandsgegenstände ein besonderes Rechtssubjekt¹⁾ oder eine "kollektive Einheit als Trägerin von Rechtsbeziehungen"²⁾, dann könnte man meinen, daß die Belastung eines Anteils ebensowenig auf die einzelnen Gegenstände durchgreifen kann wie bei der Belastung von Aktien oder GmbH-Anteilen.³⁾ Dieser Schluß ergibt sich jedoch weder aus der Annahme einer Teilrechtsfähigkeit,⁴⁾ noch aus der Annahme, die kollektive Einheit der Gruppenmitglieder sei Trägerin von Rechtsbeziehungen.

Flume relativiert die Rechtsträgerschaft der Gruppe von vornherein dahingehend, daß diese nur im Rahmen eines bestimmten Zweckes als Trägerin von Rechtsbeziehungen auftritt. "Nur so, wie es für die betreffende Gesamthand von der Rechtsordnung bestimmt ist, daß der Gesamthand als Gruppe Rechtsbeziehungen zugeordnet sind, kann man von dieser Ordnung als einer Teilrechtsfähigkeit der Gesamthand sprechen."⁵⁾

Aus einer so verstandenen "Teilrechtsfähigkeit" ergibt sich keine Zwangsläufige, aus der "Rechtsnatur der Gesamthand" - im Sinne einer bestimmten Definition der Rechtszuständigkeit - folgende Lösung des infrage stehenden Problems.

1) Fabricius a.a.O.

2) Flume a.a.O.

3) Blomeyer, JR 1971, S. 397 (398).

4) Bezeichnenderweise räumt dies schließlich auch J. Blomeyer a.a.O., S. 401, li. Sp., ein.

5) Flume a.a.O., S. 192 f.

Deutlich tritt dies bei den Ausführungen Flumes zur Erbfähigkeit der Gesamthand zutage. Keineswegs ergebe sich aus der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit die Folge, daß eine Gesellschaft Erbe sein könne; dies richte sich vielmehr ausschließlich nach erbrechtlichen Vorschriften.¹⁾

Eine zwingend aus der Rechtsnatur der Gesamthand folgende Lösung ergibt sich auch nicht aus der Auffassung der Gesamthand als relative juristische Person. Die Rechtsfähigkeit ist nämlich auch nach der Auffassung von Fabricius dadurch relativiert, daß die Gesamthandsgemeinschaften mit beschränkter Haftung - als Einheiten am allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmen. Die Mitglieder der Gemeinschaft bilden keine verabsolutierte einheitliche Person.²⁾ Die einzelnen sich aus der Zuständigkeit ergebenden Rechtsfragen lassen sich daher auch nach dieser Auffassung nur dann lösen, wenn die inneren Beziehungen der Subjekte ergründet werden, die zusammen die Rechtseinheit bilden.³⁾ Diese innere Ordnung der Gemeinschaft könne sowohl das Einheitsprinzip als auch das Teilungsprinzip in den Vordergrund stellen, je nachdem ob vom Gesetz eine gemeinschaftliche oder teilweise Rechtsausübung erstrebt werde.

1) Flume, a.a.O., S. 193.

2) Fabricius a.a.O., S. 143 und S. 236.

3) Vgl. Buchda a.a.O., S. 313 ff.

Immer handele es sich dabei zwar um Rechtssplitter sekundärer Zuständigkeit, die in ihrer Gesamtheit den Anteil des einzelnen Gemeinschafters darstelle; es sei aber "nicht zu leugnen, daß sich die Mitberechtigung des Einzelnen in einer Gesamthand-Gemeinschaft auf jedes einzelne Recht bezieht".¹⁾

Der Ausschluß der Verfügungen über diese Anteile an den einzelnen Gegenständen stellt auch nach Fabricius keine zwingende Konsequenz seiner Auffassung von der Rechtsnatur der Gesamthand dar, sondern ist "lediglich eine Folge praktischer Zweckmäßigkeitserwägungen".²⁾ Genausowenig läßt sich dann aber die - von Fabricius nicht ausdrücklich gestellte Frage - nach der rechtlichen Wirkung der Belastung eines Gesamthandanteils aus der Auffassung der Gesamthand als juristische Person beantworten. Auch für die Lösung dieser Frage muß dann konsequenterweise die gesetzliche Ausgestaltung der inneren Ordnung der Gesamthandsgemeinschaft maßgebend sein.

Daß sich für das hier in Frage stehende Problem keine Lösung aus der Auffassung der Gesamthandsgemeinschaft als relative juristische Person ergibt, wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen führt, welche Deutung Fabricius der Gemeinschaft nach Bruchteilen gibt. Auch ihr wird nämlich relative Rechtsfähigkeit zuerkannt.

1) Fabricius a.a.O., S. 141.

2) Fabricius a.a.O., S. 141.

Bei den Mitgliedschaftsrechten der Bruchteilgemeinschaften handele es sich ebenfalls um sekundäre Zuständigkeiten; primär seien die Gemeinschaften in ihrer Einheit Zurechnungssubjekt.¹⁾ Selbstverständlich steht dieser Deutung aber auch nach Fabricius nicht entgegen, daß die Anteile der Gemeinschaften veräußert oder belastet werden können, daß die Anteile ganz allgemein "wie das Eigentum selbst zu behandeln sind".²⁾

Die Deutung der Gesamthandsgemeinschaft als kollektive Einheit oder relative juristische Person führt nach alledem nicht zu der Konsequenz, daß die nacherbliche Belastung eines Gesamthandanteiles keine Auswirkungen auf die Verfügungsbeschränkungen der Gesamthänder über die einzelnen Gegenstände haben kann. Diese Deutung der Rechtsnatur der Gesamthand erspart nicht die Frage, ob bei der Lösung des Problems das Einheitsprinzip oder das Teilungsprinzip in den Vordergrund rückt, ob also die Belastung eines Anteiles an der Gemeinschaft auf die zu ihr gehörigen Gegenstände durchgreift oder nicht.

1) Fabricius a.a.O., S. 143 ff.

2) Fabricius a.a.O., S. 144.

III. Die Gesamthandsgemeinschaft nach der "Vereinzelungstheorie"

Die "entgegengesetzte" Auffassung über die Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft nimmt nicht eine besondere Rechtszuständigkeit der Gemeinschaft an, sondern betrachtet jeden Gesamthänder als Vollberechtigten an den einzelnen Gesamtgegenständen.¹⁾ Hierzu wird eine Vervielfältigung des Rechts und der Rechtszuständigkeit angenommen. Es sei die Zugehörigkeit ein und desselben Rechts zu mehreren Subjekten denkbar, ohne daß dadurch diese Mehrheit zu einer neuen Einheit erhoben zu werden brauche, ja in der gleichzeitigen und mehrfachen Subjektbezogenheit eines Rechts oder einer Pflicht liege erst die Denkbareit der Rechtsgemeinschaft begründet. Die Gesamthand sei gekennzeichnet dadurch, daß mehrere Subjekte gleichzeitig ein Recht innehaben könnten.²⁾

Nach dieser Theorie über die Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft könnte man schließen, daß Verfügungsbeschränkungen eines Gesamthänders notwendig sein eigenes "Paralleleigentum" an den Gegenständen erfassen und damit eine Verfügungsbeschränkung auch hinsichtlich der zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände eintritt.³⁾

-
- 1) Kunz, S. 68 ff. (71 ff.), vgl. auch Buchner, AcP 169, 483 ff.
 - 2) Kunz, a.a.O., Seite 70, vgl. auch Engländer, S. 35 (Fn 70).
 - 3) So J. Blomeyer, a.a.O., Seite 398 r. Sp. (2b).

Bei näherer Betrachtung erweist sich jedoch auch hier, daß der Durchgriff der Anteilsbelastung auf die Gegenstände der Gesamthand keineswegs zwingend aus der "Vereinzelungstheorie" folgt. Rechtszuständigkeit im Sinne dieser Lehre beruht lediglich auf einem rein formalen Konstruktionsprinzip. Es wird davon ausgegangen, daß zwischen einfacher und mehrfacher Zuständigkeit nichts Drittes denkbar sei: beide Arten von Mehrheitsbeteiligungen sind durch einen scharfen begrifflichen Einschnitt zu sondern.¹⁾ Über die materiellen Berechtigungen und Verpflichtungen der Gesamthänder an den Gegenständen läßt sich aus dieser rein konstruktiven Art der Zuordnung nichts aussagen, da "Rechtszuständigkeit" und "Rechtsausübung" streng getrennt werden. Rechtszuständigkeit betreffe lediglich die Rechtsinnehabung, Rechtsausübung dagegen die Verfügungsmacht.²⁾ Die nähere Ausgestaltung der Rechtsausübung ist auch nach Kunz bei jedem einzelnen der Gesamthandsinstitute verschieden "entsprechend der spezifischen Funktion, die es zu versehen hat und die zu erfüllen das rechtspolitische Motiv seiner Errichtung war". Den entscheidenden Inhalt empfangen daher das Gesamthandsprinzip erst durch den besonderen Inhalt des "ihre Subjekte umschlingenden Bandes".³⁾

1) Kunz a.a.O., Seite 71.

2) Dies sei die ausschlaggebende Feststellung für die Konstruktion der Gesamthand. Vgl. Kunz a.a.O., S. 43 und 16; Gegen diese Trennung: Hölder, Natürliche und juristische Personen S. 120; Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, S. 47.

3) Kunz a.a.O., S. 114.

Die Belastung eines Gesamthandanteiles führt deshalb nach der "Vereinzelungstheorie" keineswegs zwingend zu einer Beschränkung bezüglich der Gegenstände. Die Belastung erfaßt lediglich die Zuständigkeit an den Gesamthandsgegenständen im Sinne der formalen Rechtszuordnung. Inwieweit die Verfügungsbefugnisse davon betroffen werden, ergibt sich aus diesem Konstruktionsprinzip nicht. Auch wenn man der Auffassung der Rechtsnatur der Gesamthand nach der Vereinzelungstheorie folgt, läßt sich daher die Frage nach der Verfügungsbefugnis nur dann beantworten, wenn die spezifische gesetzliche Ausgestaltung der Gesamthandsgemeinschaften und die ihr zugrunde liegende rechtspolitische Zwecksetzung ermittelt wird.

IV. Die Gesamthandsgemeinschaft nach der "Verbundenheitslehre"

Nach der "herrschenden Auffassung" über die Rechtsnatur der Gesamthand stehen die zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Einzelgegenstände weder einer besonderen juristischen Person zu noch den Mitgliedern der Gemeinschaft als Einzelperson. Eine Ambivalenz zwischen Einheit und Vielheit wird dadurch begrifflich erfaßt, daß den Mitgliedern "in ihrer Verbundenheit" die einzelnen Rechte zugeordnet sind.

Die Gesamthand verlange "ungeteilte Zuordnung der Gesamthandsgegenstände an die Gesamthänder in dieser ihrer kollektiven Verbundenheit".¹⁾

Teilweise wird überhaupt das Vorhandensein von Anteilen an den gemeinschaftlichen Gegenständen geleugnet.²⁾ Aber auch diejenigen Vertreter der herrschenden Meinung, die - aus logisch begrifflichen Gründen - das Vorhandensein von Anteilen an den Gegenständen nicht in Abrede stellen, lassen die Frage nach der Rechtszuständigkeit zwischen Gesamthändern und Gesamthandsgegenständen bewußt in einem gewissen Umfang offen.³⁾

-
- 1) Bartholomeyczik, Festschrift Reinhardt, S. 14 und in Festschrift Nipperdey 1965, S. 173; Baur-Grunsky, ZHR 1970, 218; Esser, Schuldrecht II, § 95 IV (S. 286); v. Lübtow, Erbrecht II S. 815; Enneccerus-Lehmann, § 89 I 1-3 (S. 356 ff); Larenz, Allg. Teil, § 9 II (S. 114); Brecher, Festschrift Lange 1970, S. 123 ff. (132); Kaufmann, "Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen", 1911, S. 1-51; v. Tuhr, Allg. Teil BGB, 2. Auflg., S. 80 ff; Staudinger-Geiler-Kesler, Rdnr. 43a bis d vor § 705 BGB; Staudinger-Lehmann, § 2032 BGB Rdnr. 6-8; Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, S. 81 ff; Fischer, HGB-Großkommentar, § 105 HGB, Anm. 34; J. Blomeyer, JR 1971 (s. 397 ff).
 - 2) Arwed Blomeyer, Schuldrecht, § 48 III 3 (S. 297); Kattausch a.a.O., S. 47 ff, 58 ff; Lehmann-Dietz, § 2 II 2 (S. 14); Binder, Erbrecht S. 84; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, Rdnr. 37 vor § 705 BGB, § 719 Rdnr. 15; nach Flume, ZHR 136, 177 (198) beruht die Ausnahme eines Anteilrechtes auf einem Mißverständnis des Gesamthandprinzips, da der Gesamthänder nur mittelbar über seine Mitgliedschaft mit den Rechtsbeziehungen der Gesamthand etwas zu tun habe. Statt der Anteile an den Gegenständen werden den Gesamthändern teilweise Anteile am Gesamthandsvermögen zugesprochen: Fischer, BGB-RGRK, Anm. 4 vor § 705 BGB; Staudinger-Berg, § 1008 BGB, Rdnr. 10; Esser, Schuldrecht II, § 97 I 3 (S. 306 f); Westermann, Sachenrecht § 29 I 2 (S. 126); Kipp-Coing, Erbrecht, § 114 V lb (S. 498).
 - 3) Larenz, Schuldrecht II, § 60 IV (S. 305); Erman-Bartholomeyczik, § 1419 Anm. 2, § 2033 Anm. 2; Staudinger-Lehmann, § 2032 Anm. 8; v. Lübtow, Erbrecht II, S. 815.

Was sich bei den zuvor erörterten Gesamthandstheorien gleichsam erst bei "näherer Betrachtung" erschließt, folgt hier bereits aus der begrifflichen Deutung der Gesamthandsgemeinschaft. Da sich die Rechtszuständigkeit des Gesamthänders nur auf die gemeinschaftlichen Rechte an den einzelnen Nachlaßgegenständen bezieht, kann daraus keine Antwort auf die Frage der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben erfolgen, ohne die nähere Ausgestaltung dieser gemeinschaftlichen Rechte zu untersuchen.¹⁾

V. Ergebnis

Die Untersuchung über die "Rechtsnatur der Gesamthand" hat gezeigt, daß sich aus der Rechtszuständigkeit an den Gesamthandsgegenständen keine Lösung der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben über diese Gegenstände ergibt. Die Vorschrift des § 2113 unterwirft bestimmte "Erbschaftsgegenstände" Verfügungsbeschränkungen. Hierbei geht das Gesetz ersichtlich von alleiniger Rechtszuständigkeit des Vorerben (im Sinne eines auf die Beherrschung des Gegenstandes gerichteten subjektiven Rechts²⁾ an den Gegenständen aus.

1) J. Blomeyer a.a.O., S. 398 (2d) für die Belastung eines Erbanteils mit einem Pfandrecht.

2) Vgl. Anm. 1 S. 37.

In diesem Sinne läßt sich jedoch die Rechtszuständigkeit der Gesamthänder an den Gesamthandsgegenständen nicht bestimmen: unabhängig davon, wie man die "Rechtsnatur der Gesamthand" dogmatisch deutet, bleibt doch immer der im Wesen der Gesamthand liegende Zwiespalt zwischen Einheit und Vielheit. Es bleibt die Tatsache, daß zwar einerseits keinem Gesamthänder allein Gegenstände oder Anteile an den Gegenständen im Sinne einer umfassenden Herrschaftsmacht zugeordnet sind,¹⁾ daß andererseits aber auch keine besondere Rechtspersönlichkeit besteht, welcher die Rechtsmacht über die Gesamthandsgegenstände zugeordnet wäre.²⁾

Die Erkenntnis, daß die Rechtszuständigkeit bei den zu einem Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenständen nicht eindeutig bestimmbar ist, enthält zugleich die weitere Feststellung, daß sich um Wege der Auslegung des Gesetzes keine Lösung des infrage stehenden Problems finden läßt. Die Auslegung des § 2113 setzt nämlich voraus, daß die rechtliche Zugehörigkeit der Gegenstände zur Erbschaft eindeutig bestimmt werden kann. Nur auf die "zur Erbschaft gehörenden" Gegenstände beziehen sich Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 2113.

-
- 1) Eine solche Herrschaftsmacht wird auch von den Vertretern der "Vereinzelungstheorie" nicht bestritten; siehe oben.
 - 2) Eine Zuordnung der Rechtsmacht an eine besondere juristische Person wird auch von den Autoren nicht vertreten, die die Gesamthandsgemeinschaft als (relative) juristische Person auffassen; siehe oben.
Vgl. aber J. Blomeyer a.a.O. Seite 398.

Da sich aber die Frage, ob Gegenstände eines anteilig einer Vorerbschaft unterliegenden Gesamthandsvermögens gerade nicht eindeutig bestimmen läßt, muß auch der Versuch scheitern, im Rahmen des "möglichen Wortsinnes", in den "immanenten Grenzen der Wortbedeutung"¹⁾ festzustellen, ob Gesamthandsgegenstände den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 unterliegen oder nicht. Methodisch muß deshalb der Weg einer Analogie oder einer teleologischen Reduktion beschritten und damit zugleich²⁾ die Frage nach einer Gesetzeslücke aufgeworfen werden.

1) Larenz, Methodenlehre, S. 304; Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 80; Enneccerus-Nipperdey AT, § 57 II (S. 335).

2) Larenz, Methodenlehre, S. 378, 379.

D r i t t e s K a p i t e l

Feststellung der Gesetzeslücke

I. Die durch Statuierung des gemeinschaftlichen Vermögens entstandene "Rechtsverweigerungslücke"

Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn im positiven Recht eine Regelung fehlt, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine Regelung fordert.¹⁾ Eine solche planwidrige Unvollständigkeit kann dadurch entstehen, daß eine aus dem Wortlaut des Gesetzes folgende Lösung mit den dahinterstehenden Wertungen, mit der rechtspolitischen Zwecksetzung, nicht im Einklang steht.²⁾ Diese Lücken sind dadurch charakterisiert, daß das Gesetz nach seinem Wortlaut zwar eine Lösung bietet, daß eine Anwendung dieser Lösung jedoch gegen den Grundsatz verstoßen würde, Gleiches gleich oder Ungleiches ungleich zu behandeln.³⁾ In diesen Fällen ist die Frage nach der Gesetzeslücke zugleich die Frage nach der Analogie, oder der teleologischen Reduktion.

-
- 1) Larenz, Methodenlehre S. 354, 357; Canaris, Lücken im Gesetz S. 55; Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung S. 62.
 - 2) Larenz, Methodenlehre S. 378, 352; Canaris, Lücken im Gesetz S. 56; Nipperdey, Allgemeiner Teil § 58 I 4 (S. 339); "Unechte Lücken" im Sinne Zitelmanns (vgl. "Lücken im Recht" S. 27 ff.).
 - 3) Larenz, Methodenlehre S. 378, 359 ff., 369; Canaris, Lücken im Gesetz S. 57.

Für die Frage der Lückenhaftigkeit ist die Rechtsähnlichkeit eines gesetzlich in bestimmter Weise geregelten Falles mit einem nicht so geregelten Fall entscheidend.¹⁾

Eine Lücke kann aber auch dadurch entstehen, daß das positive Recht für einen bestimmten Sachverhalt eine Rechtsfrage stellt, ohne jedoch die erforderliche Antwort zu geben.²⁾ Solche Lücken sind dadurch charakterisiert, daß das Gesetz zwar eine bestimmte Anordnung trifft, daß aber ein Teil des Rechtssatzes - und zwar die Rechtsfolgeseite - fehlt. Hier sind die Feststellung der Lücke und die Frage nach der Ausfüllung dieser Lücke zwei getrennte Vorgänge.

Um eine solche "Rechtsverweigerungslücke" handelt es sich im Falle der Zugehörigkeit eines Gesamthandanteils zu einer Vor- und Nacherbschaft. Dadurch, daß der Gesetzgeber das "gemeinschaftliche Vermögen" geschaffen hat, hat er zugleich die - unbeantwortet gelassene - Frage gestellt, ob und in welchem Umfange die nacherbrechtliche Belastung eines Gesamthandanteils zu Beschränkungen bei Verfügungen über Gesamthandsgegenstände führt.

-
- 1) Sogenannte "teleologische Lücke". Canaris a.a.O. S. 139. Zustimmend Larenz, Methodenlehre S.379, 350.
 - 2) Zur "Rechtsverweigerungslücke" Canaris a.a.O., S.60; Larenz, Methodenlehre S. 378. Vgl. auch Burckhardt, Methode und System des Rechts, S. 60; Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre S. 142, die aber fälschlich meinen, nur solche "echten Lücken" seien vom Richter auszufüllen.

Einerseits wird dieser Fall wegen der "Komplexität" der Gesamthand als fließender Übergang zwischen Rechtsbeziehung zu einem Einzelgegenstand und der Rechtsbeziehung zu einer juristischen Person von § 2113 nicht mit erfaßt.¹⁾ Eben weil die Rechtszuständigkeit beim gemeinschaftlichen Vermögen nicht eindeutig bestimmt ist, läßt das Gesetz die Frage unbeantwortet, ob die Gegenstände des Gesamthandvermögens "zur Erbschaft gehörige Gegenstände" im Sinne des § 2113 sind oder nicht. Keinesfalls läßt sich hier die Feststellung treffen, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, Gesamthandsgegenstände seien von den Beschränkungen ausgenommen. Dagegen spricht vor allem auch, daß eine solche erhebliche Beeinträchtigung der Rechte des Nacherben - falls sie gewollt gewesen wäre - in den Gesetzesmaterialien sicherlich einen Ausdruck gefunden hätte, was nicht der Fall ist.

Andererseits läßt sich aber auch nicht ohne weiteres annehmen, daß hinsichtlich der Gesamthandsgegenstände generell die gleichen Verfügungsbeschränkungen bestehen sollen wie bei Gegenständen, die dem Erblasser zu vollem Rechte zugestanden haben. Dadurch träte nämlich (wie oben Seite 17f gezeigt) auch eine Beschränkung derjenigen Gesamthänder ein, deren Anteil nicht vorerbrechtlich belastet ist.

1) Darüber, daß fließende Übergänge häufig von den abstrakten Gesetzesbegriffen nicht erfaßt werden, vgl. Larenz, Methodenlehre S. 421.
Zur Unerreichbarkeit einer lückenlosen Abstraktion vgl. Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung S. 81; Zitelmann "Lücken im Recht" Rektoratsrede 1903 S. 6 ff.

Es liegt aber auf der Hand, daß irgendeine Lösung gefunden werden muß: entweder muß § 2113 in einem näher zu bestimmenden Umfang auf Verfügungen über Gesamthandsgegenstände angewendet werden, oder solche Verfügungen bleiben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge voll wirksam. Das Gesetz ist deshalb nach seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie ergänzungsbedürftig. Der Gesetzgeber ist zwar einerseits als selbstverständlich davon ausgegangen, daß Gesamthandsanteile einer Vor- und Nacherbschaft unterliegen können, andererseits hat er jedoch die Frage der Verfügungsbeschränkungen des Vorerben-Gesamthänders nicht mit in den Kreis seiner rechtspolitischen Zwecksetzung aufgenommen.¹⁾ Für diesen Fall fehlt eine dem § 2113 entsprechende "Anschlußnorm".²⁾

II. Die teleologischen Kriterien bei der Lückenausfüllung

Mit der Feststellung, daß eine Rechtsverweigerungslücke besteht, ist eine weitere Feststellung unmittelbar verbunden.

-
- 1) Es handelt sich wohl um eine "eigentliche Gesetzeslücke" in dem Sinne, daß der Gesetzgeber den Sachverhalt übersehen hat. Vgl. Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung S. 81, 82.
 - 2) Vgl. Blomeyer, JR 1971 S. 398 Fußnote 10, der dies als die "typische Situation" für die sich aus der Statuierung des Gesamthandvermögens ergebenden Einzelfragen bezeichnet.

Die Analogie zu § 2113 kann hier nur eine der Möglichkeiten zur Lückenausfüllung sein. Gerade weil die Gesetzeslücke hier nicht lediglich aus einem Vergleich der Wertungen eines geregelten mit einem nicht geregelten Fall zu Tage tritt (sondern sich aus der Statuierung des gemeinschaftlichen Vermögens ergibt), ist die Analogie zu § 2113 nicht die einzige Möglichkeit der Lückenausfüllung.¹⁾

Denkbar ist beispielsweise, daß § 2113 nur in einem bestimmten Umfange auf Verfügungen über Gegenstände des Gesamthandvermögens angewendet werden muß. Ebensogut kann sich aber auch ergeben, daß Verfügungen über Gesamthandsgegenstände auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge in vollem Umfange wirksam bleiben müssen.²⁾

Für eine analoge Anwendung des § 2113 auf Verfügungen über Gesamthandsgegenstände spricht der Schutz des Nacherben. Das ist oben bei der Kritik der "herrschenden Meinung", die den Gesamthänder-Vorerben unbeschränkt verfügen lassen will, ausführlich dargestellt worden (vgl. oben Seite 15).

1) Canaris, a.a.O., S. 146 bezeichnet dies als "mögliche" Analogie im Gegensatz zur "notwendigen", die zugleich der Lückenfeststellung und der Lückenausfüllung dient (vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 378, 379).

2) Zu den methodischen Schwierigkeiten bei der Ausfüllung einer "Rechtsverweigerungslücke" vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 379.

Gegen eine Analogie zu § 2113 sprechen hingegen die Belange der übrigen Gesamthänder, deren Anteil an der Gesamthandsgemeinschaft nicht zu einer Vor- und Nacherbschaft gehört. Sofern und soweit Verfügungen über Gesamthandsgegenstände unwirksam werden, beschränkt dies nicht nur den vorerbenden, sondern zugleich auch die übrigen Gesamthänder. Bei der Bildung eines analogen Obersatzes darf also nicht nur die Wertung des § 2113 zugrunde gelegt werden; es müssen darüber hinaus die Interessen der "an sich" nicht belasteten Gesamthänder und allgemein die sich aus der gesamthänderischen Bindung ergebenden rechtspolitischen Zwecksetzungen berücksichtigt werden.

Diese Zwecksetzungen lassen sich jedoch - wie oben im 2. Kapitel dargestellt wurde - nicht etwa aus der Rechtsnatur der Gesamthand herleiten. Es gilt vielmehr, sich die - eng mit dem Wesen der Gesamthand als fließender Übergang zusammenhängende - Erkenntnis zu vergegenwärtigen, daß die Gesamthandsgemeinschaft kein Rechtsinstitut ist,¹⁾ kein abstrakt normiertes Rechtsverhältnis, aus dem allein heraus Problemlösungen folgen könnten. Es handelt sich vielmehr um ein Rechtsprinzip, das in andere Rechtsinstitute - nämlich Gesellschaft, Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft - eingegangen ist und an deren konkreter Ge-

1) "Rechtsinstitut" ist das abstrakt normierte Rechtsverhältnis, der Inbegriff der Rechtsvorschriften, die sich auf ein Rechtsverhältnis bestimmter Art beziehen. So Enneccerus-Nipperdey, Band 1, § 71 II (S. 428) mit weiteren Nachweisen unter N 5.

staltung teilgenommen hat.¹⁾ Dadurch ist das Gesamthandsprinzip zwar selbst positiviert, gleichzeitig aber auch relativiert worden.²⁾

Ob und in welchem Umfange Gesamthandsgegenstände den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 unterliegen sollen, kann daher nur dann beurteilt werden, wenn jeweils auch nach dem Zweck gefragt wird, dem das Gesamthandsvermögen innerhalb eines Rechtsinstituts zu dienen hat. Es muß somit eine Lösung anhand der besonderen Problemsituation die die Gesamthand im allgemeinen und die verschiedenen Gemeinschaften speziell tragenden Normwertungen ergründet werden.³⁾ Die danach gebotene Lösung kann einmal die Rechtsträgerschaft der Gesamtheit, ein andermal die Rechtsträgerschaft der einzelnen Gesamthänder in den Vordergrund stellen. Nur durch ein dialektisches Nebeneinander von "Anteilsbetrachtung" und "Einheitsbetrachtung" läßt sich die Gesamthand erfassen und lassen sich sachgemäße und vernünftige Lösungen der aus ihr folgenden Fragen finden.⁴⁾

1) So Bartholomeyczik, Festschrift Nipperdey S. 145 (172).

2) Vgl. Esser, J. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts S. 73.

3) J. Blomeyer, JR 1971, S. 399; vgl. auch Bartholomeyczik, Festschrift Reinhardt S. 13 ff, S. 15 und Festschrift Lange S. 343 (344).

4) J. Blomeyer a.a.O., S. 401; Brecher, Festschrift Lange 1970, S. 123. Zur Übertragung von Vermögensgegenständen aus einem Gesamthandsvermögen in das Privatvermögen eines Gesamthänders: Blomeyer a.a.O., S. 400 Anm. 34. Zur Anwendung der Besitzvorschrift auf Gesamthandsgemeinschaften: Flume, Festschrift Hengeler, "Die Gesamthand als Besitzer" S. 76 Vgl. auch Bartholomeyczik, Festschrift Reinhardt S. 13 ff, der die Ambivalenz der Rechts- und Pflichtsträgerschaft auch in den Problemen der Willensbildung und Willensverwirklichung der Mit-erbgemeinschaft aufgezeigt hat.

V i e r t e s K a p i t e l

Verfügungsbeschränkungen über Gesamthandsgegenstände, nach § 2113, wenn der Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt

Im folgenden gilt es nun, die im vorigen Kapitel angestellten methodischen Überlegungen konkret auf die einzelnen Gesamthandsgemeinschaften zu übertragen. Zunächst soll untersucht werden, welche Verfügungsbeschränkungen nach § 2113 über Gesamtgutsgegenstände bestehen, wenn ein Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt.

Aus der Feststellung, daß eine "Rechtsverweigerungslücke" vorliegt, folgt, daß zwei verschiedene teleologische Kriterien zur Lückenausfüllung herangezogen werden müssen: zum einen die Wertung des § 2113, zum anderen die sich aus dem übergeordneten Zweck des Gesamthandsvermögens ergebenden Wertungen. Es muß also bei der Suche nach einem analogen Obersatz zunächst untersucht werden, welche Verfügungen über Gesamtgutsgegenstände auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben müssen. Sodann muß aber auch geprüft werden, ob und wie die in § 2113 geschützten Belange des Nacherben berücksichtigt werden können. Die Überlegungen zur Analogie müssen mit anderen Worten "zweigleisig" erfolgen; erst in einer daran anschließenden Gesamtwürdigung wird sich der analoge Obersatz bilden lassen, der die

Aussage enthält, ob und in welchem Umfange Verfügungsbeschränkungen über Gesamthandsgegenstände bestehen, wenn der Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt.

Die Untersuchung soll zunächst für den Fall erfolgen, daß ein anderer als der überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen wird. Da im Falle der durch Tod beendeten Gütergemeinschaft häufig der überlebende Ehegatte den verstorbenen beerbt, soll daran anschließend der Fall behandelt werden, daß sich beide Gesamtgutsanteile in einer Hand vereinigen, aber nur einer der Vor- und Nacherbschaft unterliegt.

A. Ein anderer als der überlebende Ehegatte wird Vorerbe
des verstorbenen

I. Verfügungen, die dauernd wirksam bleiben müssen

Es muß zunächst gefragt werden, in welchem Umfange die rechtspolitischen Wertungen der Gesamtregelung trotz Anteilsbelastung Verfügungen über Gesamtgutsgegenstände erfordern, die auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben. Hierbei ist zu beachten, daß Verfügungsbeschränkungen, denen der Vorerbe eines Gesamtgutanteils unterliegt, zugleich auch den - "an sich" nicht belasteten - überlebenden Ehegatten in der Verfügung beschränken. Denn gemäß §§ 1472 Abs. 1, 1482 können beide Gesamthänder das Gesamtgut der beendeten Gütergemeinschaft nur gemeinschaftlich verwalten, wozu auch Verfügungen über Gegenstände des Gesamtgutes gehören.¹⁾ In dem Umfange, in dem die Mitverfügungsbefugnis des Vorerben beschränkt ist, kann also über Gesamtgutsgegenstände überhaupt nicht mit Wirkung gegenüber dem Nacherben verfügt werden. Durch die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben dürfen aber nicht die berechtigten Belange des überlebenden Ehegatten vereitelt werden.

1) BGB-RGRK-Scheffler, § 1472 Anm. 6; Erman-Bartholomeyczik, § 1472 Rdnr. 2; Soergel-Siebert-Gaul, § 1472 Rdnr. 5; Staudinger-Felgentraeger, § 1472 Rdnr. 4; Palandt-Lauterbach, § 1472 Anm. 1; RGZ 108, 285; Dölle, Familienrecht I, § 79 II 36 (S. 970), (ausgenommen sind nur die zur Erhaltung notwendigen Maßnahmen, § 1472 Abs. 3 2. Halbs.).

Dessen Belange würden dann verletzt, wenn nicht zumindest diejenigen Verfügungen voll wirksam vorgenommen werden könnten, die der Gesamthandszweck erfordert. Die danach unerlässlichen Verfügungen über Gegenstände des Gesamtgutes lassen sich danach bestimmen, ob sie von einem Gesamthänder (unabhängig vom Willen des anderen Gesamthänders) entweder allein vorgenommen oder doch im Klagewege erzwungen werden können.

Diejenigen Verfügungen über Gegenstände des Gesamtgutes, die das Gesetz von einem Konsens der Gesamthänder unabhängig macht, muß es notwendigerweise als für den übergeordneten Zweck, dem das Gesamtgut zu dienen hat, und als für die Belange des einzelnen Gemeinschafters besonders wesentlich erachten. Die Wirksamkeit solcher Verfügungen kann sich nicht auf die Zeit der Vorerbschaft beschränken.

1) Die ordnungsgemäße Verwaltung des Gesamtgutes

Vor der Auseinandersetzung des Gesamtgutes ist es unerlässlich, das Gesamtgut im Rahmen einer vernünftigen Wirtschaftsführung zu verwalten. Dementsprechend macht das Gesetz in § 1472 Abs. 3 bestimmte Maßnahmen von einem vertraglichen Konsens der Gemeinschafter der beendeten Gütergemeinschaft unabhängig. Die zur Erhaltung des Gesamtgutes notwendigen Maßregeln kann jeder Ehegatte allein vornehmen; soweit Maßnahmen zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind, können sie zwar nicht ohne weiteres von

einem der Gesamthänder allein vorgenommen werden; jeder ist aber - im Innenverhältnis - dem anderen gegenüber verpflichtet, bei solchen Maßregeln mitzuwirken. Nötigenfalls kann diese Mitwirkung im Wege der Klage erzwungen werden.¹⁾ "Maßregeln" in diesem Sinne können durchaus auch Verfügungen der in § 2113 genannten Art betreffen, insbesondere Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken. Ob eine Verfügung "notwendige Maßregel" oder "eine zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderliche Maßregel" ist, läßt sich nur von Fall zu Fall beurteilen.²⁾ Maßstab dafür ist, daß die beendete Gütergemeinschaft eine Gesamthand mit minderer Bindung der Gesamthänder darstellt.³⁾ Es handelt sich von nun an um eine Liquidationsgemeinschaft, die letztlich eine Lösung der Gesamthandsbindung zur Zielsetzung hat.⁴⁾

-
- 1) Motive IV, 6; Erman-Bartholomeyczik, § 1472 Rdnr. 3; BGB-RGRK-Scheffler, § 1472 Anm. 16; Staudinger-Felgentraeger, § 1472 Rdnr. 6; Soergel-Siebert-Gaul, § 1472 Anm. 2; Gernhuber, Familienrecht § 38 X 5 (S. 341); Dölle, Familienrecht I, § 79 II 3e.
 - 2) BGHZ 6, 76 (Z 1); BGB-RGRK-Scheffler, § 1472 Anm. 14; Staudinger-Felgentraeger, a.a.O.
 - 3) Gernhuber, Familienrecht, § 38 X 2 (S. 429); BGB-RGRK-Scheffler, § 1472 Anm. 15; Staudinger-Felgentraeger, a.a.O.
 - 4) BGB-RGRK-Scheffler, vor § 1471 Anm. 2, § 1472 Anm. 14; Staudinger-Felgentraeger, § 1472 Rdnr. 6; Palandt-Lauterbach, § 1471 Anm. 2; Soergel-Siebert-Gaul, vor § 1471 Rdnr. 3.

Nur solche Verfügungen über Gesamthandsgegenstände, die unter Berücksichtigung dieses geänderten Zweckes erfolgen, können eine zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes "erforderliche" oder gar "notwendige Maßregel" darstellen.¹⁾

Zu den dazu erforderlichen Verfügungen kann jeder Gesamthänder den anderen - notfalls im Klagewege²⁾ - zwingen. So weit aber diese Rechtsmacht des "an sich" nicht belasteten Anteilsinhabers reicht, müssen - wie gezeigt - Verfügungen auch dann voll wirksam bleiben, wenn ein Gesamthandsanteil mit einer Vor- und Nacherbschaft belastet ist. Diese Verfügungen können nicht im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam werden, da dies zu einer der gesetzlichen Teleologie widersprechenden Beschränkung des überlebenden Ehegatten führen würde.

2) Verfügungen im Rahmen der Teilung des Nachlasses

Der gesamthänderischen Bindung stellt das Gesetz bei der beendeten Gütergemeinschaft das Recht eines jeden Gesamtguteinhabers gegenüber, jederzeit die Auseinandersetzung des Gesamtgutes zu verlangen (§§ 1471 Abs. 1, 1474 ff).

1) Vgl. BGHZ 6, 76 (81); München OLGZ 30, 49; BGB-RGRK a.a.O.; Staudinger-Felgentraeger, § 1472 Rdnr. 6.

2) Vgl. die oben Seite 6 A.2.zitierten.

Auch an die Stelle des verstorbenen Ehegatten getretene Erben können dieses Recht geltend machen.¹⁾ Durch die Auseinandersetzung wird das Gesamtgut seiner Eigenschaft als gesamthänderisch gebundene Vermögensmasse entkleidet, und es wird zu Sondervermögen des einen oder anderen Gesamthänders.²⁾ Nach der grundsätzlichen Wertung (§ 1471 Abs. 1) soll sich jeder Gesamthänder der beendeten Gütergemeinschaft von der gesamthänderischen Bindung lösen können, um so zu freier Verfügbarkeit über das seinem Anteil Entsprechende zu gelangen. Die gegenseitigen Beschränkungen während der beendeten Gütergemeinschaft und das Recht, jederzeit die Auseinandersetzung zu verlangen, bedingen einander. Für den Fall, daß der eine Anteil der beendeten Gütergemeinschaft nacherbrechtlich belastet ist, muß daraus die gesetzliche Wertung entnommen werden, daß der "an sich" nicht belastete überlebende Ehegatte sich durch die Auseinandersetzung von nacherblichen Beschränkungen muß befreien können. So wie er einerseits aufgrund der gesamthänderischen Bindung vor- und nacherblichen Beschränkungen des anderen Gesamthänders unterworfen wird, so muß ihm andererseits die Rechtsmacht eingeräumt werden, sich durch Auseinandersetzung von der Gesamthandsbindung und damit auch von den nacherblichen Beschränkungen zu befreien.

-
- 1) Gernhuber, Familienrecht, § 38 X 1 (S. 429); Beitzke, Familienrecht, § 16 VII, 2 (S. 114); Staudinger-Felgentraeger, § 1471 Rdnr. 12 ff; Palandt-Lauterbach, § 1471 Anm. 1 und 3; BGB-RGRK-Scheffler, § 1471 Anm. 15; vgl. OLG München, DNotZ 1936, 807.
- 2) BGB-RGRK-Scheffler, § 1471 Anm. 6; vgl. BGH NJW 1963, 1619 (1615 linke Sp.).

a) Die gesetzliche Auseinandersetzung

Gegen den Willen des anderen Gesamthänders kann die Auseinandersetzung nur insoweit erzwungen werden, als sie den gesetzlichen Regeln entspricht (vgl. §§ 1474 ff).

Jeder Gesamthänder kann also vom anderen dazu gezwungen werden, das Gesamtgut in Geld umzusetzen, soweit dies erforderlich ist, um die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen (§ 1475).¹⁾ Bei der Teilung des Überschusses muß sich jeder Anteilsinhaber dasjenige auf seinen Teil anrechnen lassen, was er zum Gesamtgut zu ersetzen hat (§ 1476 Abs. 2). Im übrigen erfolgt die Teilung des Überschusses prinzipiell nach den Grundsätzen des Teilungsrechts bei der Bruchteilsgemeinschaft: teilbare Gegenstände werden geteilt, unteilbare veräußert und sodann der Erlös verteilt (§§ 1477 Abs. 1, 752 ff). Diese Regelung wird aber dadurch erheblich gemildert, daß den Gesamthändern bestimmte Gestaltungsrechte eingeräumt werden. Jeder Ehegatte, aber auch der anstelle eines Ehegatten in die Gesamthand eingetretene Erbe, kann bestimmte Gegenstände gegen Wertersatz übernehmen, d.h. durch Willenserklärung die Gesamthand zur Übertragung verpflichten und sich selbst zum Ersatz des Wertes.²⁾

1) Gernhuber, Familienrecht, § 38 X 8 (S. 432); Dölle, Familienrecht I, § 80 I 2a (S. 974); BGB-RGRK-Scheffler, § 1475 Anm. 4; Soergel-Siebert-Gaul, § 1475 Rdnr. 5; Palandt-Lauterbach, § 1475 Anm. 2; Erman-Bartholomeyczik, § 1475 Rdnr. 2.

2) Gernhuber, § 38 X 9 (m.w.Nw. in Fu 1); Dölle, Familienrecht I § 80 I 2b bb (S. 975); Erman-Bartholomeyczik, § 1477 Rdnr. 3; Soergel-Siebert-Gaul, § 1477 Rdnr. 5; Staudinger-Felgentraeger, § 1477 Rdnr. 16; Palandt-Diederichsen, § 1477 Anm. 2.

Dabei handelt es sich um diejenigen Gegenstände, die dem persönlichen Gebrauch dienen, die in die Ehe eingebracht oder die während der Gütergemeinschaft durch Erbfolge, Vermächtnis, Schenkung oder als Ausstattung erworben wurden (§ 1477 Abs. 2).

b) Vertragliche Auseinandersetzung

Wenn die gesetzliche Auseinandersetzung auch diejenige ist, mit der sich jeder Gesamthänder gegenüber dem anderen notfalls zufrieden geben muß, so ist doch nicht zu verkennen, daß sie nur selten zu wirtschaftlich wünschenswerten Ergebnissen führen wird. Viel sinnvoller ist meist die Auseinandersetzung des Gesamtgutes auf vertraglicher Grundlage. So ist die freihändige Veräußerung häufig einer öffentlichen Versteigerung vorzuziehen (im Gegensatz zu § 753 iVm § 1477 Abs. 1). Vorteilhaft wird es häufig auch sein, die Übernahme von Gegenständen unter Anrechnung auf das Auseinandersetzungsguthaben zu vereinbaren (auch insoweit, als nicht bereits ein gesetzliches Übernahmerecht gemäß § 1477 Abs. 2 besteht). Das Gesetz hat deshalb die Priorität der vertraglichen Auseinandersetzung in § 1474 ausdrücklich normiert ("soweit die Ehegatten nichts anderes vereinbaren"). Eine Auseinandersetzung auf vertraglicher Grundlage sollten Vorerbe und Ehegatte daher ebenfalls so vornehmen können, daß sie im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleibt.

II. Die berechtigten Belange des Nacherben

Nachdem die Verfügungen abgegrenzt wurden, die im Falle der Belastung eines Gesamtgutanteils dauernd wirksam bleiben müssen, muß noch die weitere gesetzliche Teleologie ergründet werden, in welchem Umfange der Schutz des Nacherben Verfügungsbeschränkungen erfordert.

- 1) Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich sind

Die in § 2113 genannten Verfügungen sind im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nicht unter allen Umständen unwirksam. Vielmehr ist der Nacherbe nach § 2120 verpflichtet, in solche Verfügungen einzuwilligen, die der Vorerbe nicht mit Wirkung gegenüber dem Nacherben vornehmen kann, die aber zur ordnungsgemäßen Verwaltung des einer Vor- und Nacherbschaft unterliegenden Nachlasses erforderlich sind. § 2120 normiert insoweit ein Recht des Vorerben auf Zustimmung.¹⁾ Gehört nun zur Vor- und Nacherbschaft der Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft, dann sind die zur Verwaltung der beendeten Gütergemeinschaft erforderlichen Verfügungen (§ 1473 Abs. 3) zugleich auch solche Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind.

1) Vgl. S. 6 Anm. 2

Divergenzen zwischen einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes der beendeten Gütergemeinschaft einerseits und einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses andererseits sind deswegen nicht denkbar, weil der eine Gesamtgutsanteil Teil des Nachlasses ist und deshalb die ordnungsgemäße Verwaltung des Gesamtgutes auch im Interesse einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses liegt.

Die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlichen Verfügungen bleiben daher auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge voll wirksam. Der in diesem Rahmen erfolgende Entzug von Grundstücken oder Grundstücksrechten ist nach der Teleologie des § 2120 erlaubt und gewollt. Der Nacherbe hat auf Verlangen in solche Grundstücksverfügungen einzuwilligen. Dadurch können sich Vorerbe und überlebender Ehegatte die erforderlichen Legitimationen (beispielweise gegenüber dem Grundbuchamt) verschaffen.¹⁾ Die Zustimmung des Nacherben kann jedoch auch nachträglich verlangt werden.²⁾ Dies kann dann von Bedeutung sein, wenn es versäumt wurde, die Einwilligung zu einer Verfügung einzuholen, und der Nacherbe etwa androht, die Herausgabe eines veräußerten Grundstückes nach Eintritt der Nacherbfolge zu verlangen.

1) RGZ 65, 219; 102, 338; Bartholomeyczik, Erbrecht VI 2a cc (S. 273); Staudinger-Seybold § 2120 Rdnr. 1; Kipp-Coing, Erbrecht § 51 III 2b (S. 245); BGB-RGRK-Johannsen § 2120 Anm. 1.

2) Staudinger-Seybold § 2120 Rdnr. 5; v. Lübtow, Erbrecht II, S. 898.

- 2) Verfügungen, die im Rahmen einer ordnungsgemäßen Teilung des Gesamtgutes erfolgen

Die im Interesse des überlebenden Ehegatten erforderliche Teilung des Gesamtgutes (vgl. oben Seite 78) läßt den in § 2113 Abs. 2 erstrebten Nacherbenschutz nur dann unberührt, wenn dem Nachlasse durch die Teilung nichts unentgeltlich entzogen wird. Wertmäßig muß also der Vor- und Nacherbschaft nach der Teilung dasjenige an Gegenständen unterliegen, was dem vorher zur Vorerbschaft gehörenden Gesamthandsanteil entspricht. Gehören Grundstücke oder Rechte an Grundstücken zum Nachlaß und hat der Erblasser nicht befreite Erbschaft angeordnet, dann muß bei der Teilung auch der dem Nacherben in § 2113 Abs. 1 zuerkannte Schutz berücksichtigt werden. Der Vor- und Nacherbschaft muß also nach der Teilung ein dem Anteil am Gesamtgut wirtschaftlich entsprechender Teil der Grundstücke und Grundstücksrechte unterliegen.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 2111, wonach zur (Vor) Erbschaft auch das gehört, was der Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. "Mittel der Erbschaft" ist auch der Anteil am Gesamtgut der beendeten Gütergemeinschaft, denn dieser Anteil ist Vermögensbestandteil des Nachlasses. Das dem Vorerben im Wege der Teilung des Gesamtgutes Zufallende unterliegt somit als Surrogat wiederum der Vor- und Nacherbschaft. Wird daher das Gesamtgut so verteilt, daß dem Vorerben ein

Wertäquivalent für seinen Gesamtgutsanteil zugewiesen wird, tritt deswegen keine unentgeltliche Schmälerung des Nachlasses ein, weil die dem Vorerben zugeteilten Gegenstände wiederum der Vor- und Nacherbschaft unterliegen. Entsprechendes gilt - bei nicht befreiter Vorerbschaft - für die Verteilung der zum Gesamtgut gehörenden Grundstücke und Grundstücksrechte. Erfolgt die Teilung strikt nach den gesetzlichen Regeln (§§ 1476 Abs. 2, 1477 Abs. 1 iVm § 752 ff), dürften diese Voraussetzungen stets erfüllt sein, denn diese Teilungsregeln sind zwar nicht so sehr auf eine wirtschaftlich sinnvolle, wohl aber auf eine "gleichmäßige", "gerechte" Verteilung ausgerichtet. Darüber hinaus können sich Vorerbe und Ehegatte aber auch vertraglich über das Gesamtgut auseinandersetzen. Sofern dem Vorerben dabei ein Wertäquivalent für seinen Anteil am Gesamtgut zugewiesen wird und sofern - bei nicht befreiter Vorerbschaft - ihm ein entsprechender Teil der Grundstücke zugewiesen wird, bleibt die Teilung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam.

In einen Teilungsplan, der die genannten Voraussetzungen erfüllt, hat der Nacherbe gemäß § 2120 einzuwilligen. Eine in dieser Weise erfolgte Teilung des Gesamtgutes stellt eine "ordnungsgemäße Verwaltung" des Nachlasses dar (zu dem ja der eine Gesamtgutsanteil gehört). Dies folgt daraus, daß es die gesetzlich vorgesehene Bestimmung des Gesamtgutes der beendeten Gütergemeinschaft ist, auseinanderzusetzen zu werden (vgl. § 1471 Abs. 1).

3) Die Unwirksamkeit weitergehender Verfügungen

Unentgeltliche Verfügungen oder - bei nicht befreiter Vorerbschaft - Verfügungen über Grundstücke und Grundstücksrechte müssen zum Schutze des Nacherben im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam werden, wenn sie nicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich waren. Ebenso erfordert der Schutz des Nacherben, daß Verfügungen, die im Rahmen einer Teilung des Gesamtgutes erfolgen, unwirksam werden, wenn dem Nachlasse nicht ein wirtschaftlich dem Wert des Gesamtgutanteils entsprechender Teil der Gegenstände des Gesamtgutes zugeteilt wird und der Vorerbe dies entweder weiß oder fahrlässig verkennt.¹⁾ Bei nicht befreiter Vorerbschaft werden darüber hinaus auch die im Rahmen der Auseinandersetzung erfolgenden Grundstücksverfügungen unwirksam, sofern die Verteilung nicht "gerecht" im Sinne einer vernünftigen Wirtschaftsführung erfolgt. Es reicht dann nicht aus, daß der Nacherbschaft nach der Teilung ein Wertäquivalent unterliegt; dem Vorerben muß vielmehr ein dem Anteil am Gesamtgut entsprechender Teil der Grundstücke und Grundstücksrechte zugeteilt werden. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, dann braucht der Nacherbe nicht in eine Teilung einzuwilligen.

1) Vgl. zur Unentgeltlichkeit oben Seite 7

Im Falle des Eintritts der Nacherbfolge kann er verlangen, daß die Gegenstände zum Gesamtgut zurückgewährt werden,¹⁾ und dann erneut die Auseinandersetzung betreiben. Falls dies nicht möglich ist, kann er vom Vorerben Schadensersatz verlangen (§ 2138 Abs. 2).

III. Zusammenfassung

Methodischer Ausgangspunkt der Untersuchung war die Erkenntnis, daß durch die Konstituierung des "gemeinschaftlichen Vermögens" in § 2113 eine "Rechtsverweigerungsücke" entstanden ist. Zur Beantwortung der Frage nach einer analogen Anwendung des § 2113 auf Verfügungen über Gesamthandsgegenstände mußten deshalb zwei teleologische Kriterien herangezogen werden: zum einen die Wertungen, die sich aus dem übergeordneten Zweck ergeben, dem das Gesamtgut zu dienen hat; zum anderen der Schutzgedanke gegenüber dem Nacherben.

Die Frage, welche Verfügungen auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben müssen, läßt sich - wie unter I. gezeigt - eindeutig beantworten. Es handelt sich nur um begrenzte, bestimmbare Verfügungen, und zwar solche, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes oder zur gesetzlichen Auseinandersetzung oder zu einer "vernünftigen" vertraglichen Auseinandersetzung erforderlich sind.

1) Vgl. oben Seite 5 Anm. 1

Weitergehende Verfügungen werden aus der Teleologie der gesamthänderischen Bindung heraus nicht gefordert. Dem überlebenden Ehegatten entstehen keine unzulässigen Beschränkungen, wenn solche Verfügungen nicht dauerhaft wirksam vorgenommen werden können. Denn auch wenn keine vor- und nacherbliche Belastungen bestehen, kann er keine weitergehenden Verfügungen gegen den Willen des anderen Gesamthänders erzwingen.

Auch die weitere Frage nach den sich aus der Teleologie des Gesetzes ergebenden Belangen des Nacherben war eindeutig zu beantworten. Zunächst konnte festgestellt werden, daß diejenigen Verfügungen, die aus dem übergeordneten Zweck der Gesamthand heraus wirksam bleiben müssen, auch zu keiner Beeinträchtigung der Belange des Nacherben führen.

In die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlichen Verfügungen hat der Nacherbe daher gemäß § 2120 einzuwilligen. Solche Verfügungen sind auch zur "ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses" erforderlich. Die Auseinandersetzung des Gesamtgutes muß in der Weise erfolgen, daß anschließend ein dem Gesamthandsanteil des Vorerben wirtschaftlich entsprechender Teil der Gegenstände als rechtsgeschäftliches Surrogat gemäß § 2111 der Vor- und Nacherbschaft unterliegt. Dies kann im Rahmen der gesetzlichen oder im Rahmen einer wirtschaftlich vernünftigen, "gerechten" vertraglichen Auseinandersetzung geschehen. Eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des

§ 2113 Abs. 2 liegt dann nicht vor. Bei nicht befreiter Vorerbschaft müssen Grundstücke und Grundstücksrechte in der gleichen Weise verteilt werden, um dem Nacherben den Schutz des § 2113 Abs. 1 zu erhalten.

Zu den im Rahmen einer solchen Teilung erforderlichen Verfügungen über Gesamtgutsgegenstände muß der Nacherbe ebenfalls einwilligen. An darüber hinausgehenden Verfügungen über Gegenstände des Gesamtgutes besteht einerseits kein berechtigtes Interesse des überlebenden Ehegatten; andererseits würden solche Verfügungen zu einer vom Gesetz mißbilligten Rechtsbeeinträchtigung des Nacherben führen.

Nach erfolgter Auseinandersetzung kann der überlebende Ehegatte über die ihm zugefallenen Gegenstände des ehemaligen Gesamtgutes frei verfügen; die dem Vorerben zugefallenen Gegenstände unterliegen dagegen gemäß § 2111 den Beschränkungen des § 2113.

Der analoge Obersatz läßt sich daher im Anschluß an § 2113 Abs. 1 und 2 wie folgt formulieren:

- S. 1. Gehört zur Erbschaft der Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft, so sind Verfügungen über Gesamtgutsgegenstände in der gleichen Weise unwirksam, sofern solche Verfügungen nicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung oder zur ordnungsgemäßen Auseinandersetzung des Gesamtgutes erforderlich sind.

S. 2. Nach der Auseinandersetzung des Gesamtgutes
finden Abs. 1 und 2 auf die dem Vorerben im
Rahmen der Auseinandersetzung zugefallenen
Gegenstände Anwendung.

B. Der überlebende Ehegatte wird Vorerbe des verstorbenen Ehegatten

Wird ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte alleiniger Vorerbe des anderen Ehegatten, so vereinigen sich die beiden Gesamthandsanteile der beendeten Gütergemeinschaft in seiner Hand. Er wird damit Alleineigentümer der zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände. Gleichwohl bestehen - wie oben gezeigt wurde - ¹⁾ Gesamthandsbindung und Sondervermögen fort. Der überlebende Ehegatte ist zum einen Inhaber seines eigenen - unbelasteten - Anteils, zum anderen ist er als Vorerbe Inhaber des mit einer Anwartschaft des Nacherben belasteten Gesamtgutanteils des verstorbenen Ehegatten.²⁾ Es ist deshalb auch hier die Frage, ob die Belastung des Gesamthandsanteils zu einer Verfügungsbeschränkung hinsichtlich der Anteile an den einzelnen Gegenständen führen muß oder ob ein solcher Durchgriff nach der gesetzlichen Wertung unterbleiben muß. Auch in diesem Sonderfall (der in der Praxis sehr häufig auftritt) müssen zur Lückenausfüllung zwei verschiedene teleologische Kriterien herangezogen werden. Zum einen die Wertung des § 2113. Blieben Verfügungen des vorerbenden Ehegatten über Gesamtgutsgegenstände auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unbeschränkt wirksam, würde die Rechtsstellung des Nacherben in einer der gesetz-

1) Vgl. oben Seite 20 ff.

2) Vgl. Baur-Grunsky "Eine Einmann-oHG", ZHR 133 (1970) S. 209 ff (217 ff), die gleiches sogar für die Anteile einer oHG annehmen, die sich durch Erbfolge in einer Hand vereinigt haben.

lichen Intention zuwiderlaufenden Weise beeinträchtigt. Der ihm gemäß § 2113 zustehende Schutz entfielen dann hinsichtlich des der Nacherbschaft unterliegenden Gesamtgutanteils vollständig. Auch hier wird aber im einzelnen zu prüfen sein, in welchem Umfange Verfügungsbeschränkungen des vorerbenden Ehegatten über Gesamtgutsgegenstände erforderlich sind, um einen ausreichenden Schutz des Nacherben zu gewährleisten. Es gilt also das gleiche wie in dem unter A. erörterten Fall, daß ein anderer als der Ehegatte Vorerbe wird.¹⁾

Zum anderen müssen aber auch die gesetzlichen Wertungen berücksichtigt werden, die sich aus dem übergeordneten Zweck ergeben, dem das Gesamtgut der beendeten Gütergemeinschaft zu dienen hat, und die Belange des Ehegatten als Inhaber seines eigenen, nicht zur Vor- und Nacherbschaft gehörenden Anteils.

I. Verfügungen, die dauernd wirksam bleiben müssen

1) Die ordnungsgemäße Verwaltung des Gesamtgutes

In dem Fall, daß ein anderer als der überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen Ehegatten wurde, mußten zunächst diejenigen Verfügungen auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich sind. Diese Verfü-

1) Vgl. oben Seite 75 ff.

gungen sind nach dem übergeordneten Gesamthandszweck unentbehrlich. Die Übertragung dieses Gedankens auf den Fall, daß der überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen geworden ist, bereitet keine Schwierigkeiten. Auch wenn sich das Gesamtgut in der Hand des vorerbenden Ehegatten vereinigt, können Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung der beendeten Gütergemeinschaft erforderlich sind, nicht nur bis zum Eintritt der Nacherbfolge wirksam bleiben. Solche Verfügungen muß der vorerbende Ehegatte vielmehr dauernd wirksam vornehmen können.

2) Die Teilung des Gesamtgutes

Über die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlichen Verfügungen hinaus erforderte der Gesamthandszweck die dauernde Wirksamkeit solcher Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Auseinandersetzung erforderlich sind. Insbesondere die Belange des überlebenden Ehegatten, der Inhaber eines "an sich" nicht belasteten Gesamthandanteils ist, erforderten eine dauernde Wirksamkeit der Teilungsverfügungen, da er sich nur durch eine auf Dauer wirksame Auseinandersetzung von den Beschränkungen der gesamthänderischen Bindung befreien kann. Nach der gesetzlichen Teleologie bedingen sich bei der beendeten Gütergemeinschaft gesamthänderische Bindung einerseits und das Recht auf Auseinandersetzung andererseits. Die Verfügungsbeschränkungen auch des nicht vorerbenden Ehegatten bis zur Auseinandersetzung sind nur deshalb tragbar, weil dem Ehegatten als Korrelat

die Möglichkeit gewährt wurde, die Auseinandersetzung herbeizuführen und so zu freier Verfügbarkeit über das seinem Anteil Entsprechende zu gelangen.

Unterwürfe man den Ehegatten, der zugleich Vorerbe geworden ist, den Beschränkungen der Vor- und Nacherbschaft hinsichtlich des ganzen Gesamtgutes, so widerspräche das dann der gesetzlichen Interessenabwägung, wenn ihm nicht auch die Möglichkeit gewährt würde, jederzeit eine Sonderung des Gesamtgutes herbeizuführen. In seiner Stellung als Inhaber seines eigenen - unbelasteten - Anteils an der beendeten Gütergemeinschaft hat der überlebende Ehegatte ein unabweisbares Interesse daran, zu freier Verfügbarkeit über die diesem Anteil wirtschaftlich entsprechenden Gegenstände zu gelangen.

a) Die "Hälftebruchteils-Lösung"

Diese rechtspolitische Zwecksetzung des Gesetzes kann nicht dadurch erreicht werden, daß dem vorerbenden Ehegatten gestattet wird, über Hälftebruchteile der zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände zu verfügen oder Miteigentum an ihm einzuräumen. Oben wurde ausführlich dargestellt, daß durch eine solche Lösung die gesetzliche Teleologie nur unvollständig berücksichtigt wird. Zwar erlangt der überlebende Ehegatte durch die Befugnis, Hälftebruchteile zu veräußern, rein rechnerisch freie Verfügbarkeit über das ihm wertmäßig Zustehende. Die "Hälftebruchteilslösung"

führt jedoch zu einer Zerschlagung des Gesamtgutes, die der durch die Anordnung der Fortdauer der Gesamthand erstrebten Zwecksetzung zuwiderläuft. Eine wirtschaftlich sinnvolle Teilung des Gesamtgutes wird dadurch unmöglich.¹⁾

b) Die "Auseinandersetzung" des in der Hand des vorerbenden Ehegatten vereinigten Gesamtgutes

Die Frage ist daher, ob auch dem Ehegatten, der Vorerbe des Vorverstorbenen geworden ist, eine Möglichkeit eröffnet werden kann, schon vor Eintritt des Nacherbfalles eine wirtschaftlich vernünftige Sonderung des Gesamtgutes herbeizuführen, die einer Auseinandersetzung entspricht. Kann also der vorerbende Ehegatte das ihm allein gehörende Gesamtgut in der Weise "auseinandersetzen", daß ihm anschließend die zur beendeten Gütergemeinschaft gehörenden Gegenstände zum Teil in seiner Stellung als Inhaber seines "freien Vermögens" zustehen und zum Teil in seiner Stellung als Vorerbe?

aa) Auseinandersetzung des Gesamtgutes durch vorerbenden Ehegatten und Nacherben?

Entsteht durch die Vereinigung zweier Gesamtgutsanteile Alleineigentum, so wird dadurch nicht schlechthin die Auseinandersetzung des ehemaligen Gesamtgutes ausgeschlossen.

1) Vgl. im einzelnen oben Kapitel 1, S. 27 ff.

Dies ist oben - bei der Kritik der "Hälftebruchteilslösung"¹⁾ - für den Fall nachgewiesen worden, daß das entstandene Alleineigentum (durch Eintritt des Nacherbfalles) wieder in zwei Gesamthandsanteile zerfällt. Von diesem Zeitpunkt an kann (und muß auf Betreiben eines der Gesamthänder) das Gesamtgut zwischen Nacherben und Ehegatten auseinandergesetzt werden. Die Frage, die sich jetzt stellt, geht darüber hinaus: Ist eine Auseinandersetzung des Gesamtgutes auch schon vorher - also zwischen Vorerbfall und Nacherbfall - möglich, zu einer Zeit also, in der noch Alleineigentum eines der ehemaligen Gesamthänder besteht? Eine solche "Auseinandersetzung" ist nicht schlechthin ausgeschlossen.

Gehören die ehemaligen Anteile des Gesamtgutes zu unterschiedlichen Haftungsverbänden, muß häufig eine Auseinandersetzung durchgeführt werden. Höchstrichterlich ist dies für den Fall anerkannt, daß ein Miterbe die übrigen Erbanteile übernimmt und einer dieser Anteile vorher gepfändet war.²⁾ Will der Pfandgläubiger sich aus seinem "Anteil" befriedigen, dann muß eine Auseinandersetzung des Nachlasses stattfinden. Gleiches gilt auch für den Fall, daß Nachlaßgläubiger auf den ehemaligen Gesamthandsanteil des verstorbenen Ehegatten zugreifen wollen und zwar auch dann, wenn der Überlebende Ehegatte Alleinerbe des Verstorbenen und damit Alleineigentümer geworden ist.

1) Vgl. oben Seite 27 ff.

2) BGH NJW 1962, S. 1817 = BB 1962, S. 862 = DRspr. 154, 56 c; relative Unwirksamkeit der Aufhebung gegenüber dem Pfandgläubiger; Erman-Ronke, § 1276 Anm. 3.

Bestanden zum Beispiel gegen den nicht verwaltenden verstorbenen Ehegatten Verbindlichkeiten, die während bestehender Gütergemeinschaft infolge eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Rechts oder des Besitzes einer dazu gehörigen Sache entstanden sind, dann haftet dafür nicht das ganze Gesamtgut (§ 1440 Abs. 1). Im Falle einer Haftungsbeschränkung des erbenden Ehegatten auf den Nachlaß oder im Falle eines Nachlaßkonkurses müssen aber Nachlaßgläubiger (bzw. der Konkursverwalter) trotz des entstandenen Alleineigentums auf den in die Erbschaft gefallenem Gesamthandsanteil zugreifen können.¹⁾

In den genannten Fällen erfolgt die "Auseinandersetzung" nicht durch den Eigentümer allein, sondern durch Eigentümer einerseits und Gläubiger (bzw. einer Mehrheit von Gläubigern) andererseits. In dem hier in Frage stehenden Fall, daß ein Gesamtgutanteil mit einer Nacherbschaft belastet ist, könnte man im Anschluß an diese Überlegung daran denken, daß die Auseinandersetzung des Gesamtgutes zwischen vorerbendem Ehegatten einerseits und Nacherben andererseits erfolgt, und der überlebende Ehegatte dadurch zu freier Verfügbarkeit über die ihm im Rahmen einer solchen Auseinandersetzung zugefallenen Gegenstände gelangen kann.

1) Vgl. § 860 Abs. 2 ZPO, der die Pfändung des Anteils am Gesamtgut durch pers. Gläubiger nach Beendigung der Gütergemeinschaft ausdrücklich zuläßt.
Gernhuber, Familienrecht § 38 X Anm. 1 (S. 429).
(Die von ihm zitierte Entscheidung RGZ 89, 360 betrifft allerdings Fragen, die mit dem Problem nichts zu tun haben.).

Dem steht aber entgegen, daß der Pfandgläubiger eines Gesamtgutanteils eine gänzlich andere Rechtsposition innehat als der Nacherbe eines Gesamtgutanteils vor Eintritt des Nacherbfalles.

Während der Pfandgläubiger eines Gesamtgutanteils gleichsam "den besseren Teil" des Eigentums in Händen hält, was sich in dem Recht manifestiert, das auf den von ihm gepfändeten Anteil entfallende zu seiner Befriedigung zu verwerten, hat der Nacherbe nur ein bedingtes Erbrecht in Gestalt eines Anwartschaftsrechtes.¹⁾ Dabei handelt es sich zwar um ein gegewärtiges, veräußerliches²⁾ im Regelfall unentziehbares³⁾ Recht. Während der Zeit der Vorerbschaft sind aber die unmittelbaren rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten des Nacherben auf den Nachlaß ebenso eng begrenzt wie die gegen ihn bestehenden Ansprüche auf Mitwirkung. Ihm stehen vor Eintritt des Nacherbfalles lediglich bestimmte Ansprüche zur Sicherung des Nachlasses (vgl. § 2116: Anspruch auf

-
- 1) Kipp-Coing, Erbrecht § 50 I (S. 234 ff); Enneccerus-Nipperdey, AT I, § 82 II 4 S. 475; v. Lübtow, Erbrecht II, 2. Hauptteil, 2. Kapitel § 2 (S. 629) m.w.Nw. FN 57; Bartholomeyczik, Erbrecht § 41 V 1 (S. 265); BGHZ 37, 319 (326); RGZ 83, 253 (254); 170, 163 (168).
 - 2) Heute einhellige Auffassung. Bartholomeyczik, Erbrecht § 41 IV 4 (S. 268); Kipp-Coing, Erbrecht § 50 I 2 (S. 235); Planck-Flad 4b vor § 2100; Staudinger-Seybold § 2100, 13; Dietz, Erbrecht S. 207; v. Lübtow a.a.O. (S. 631) m.w.Nw. Fu 68 und 69. Vgl. aber auch Mezger AcP 152, 382 ff über den Ausschluß der Übertragung durch den Erblasser.
 - 3) Anders, wenn der Erblasser ihn nur unter der Bedingung eingesetzt hat, daß der Vorerbe über den Nachlaß nicht anders verfügt, BGHZ 2,38; DNotZ 69, 306.

Hinterlegung von Wertpapieren; § 2118: Anspruch auf Eintragung des Nacherbenvermerks im Schuldbuch; § 2123: Anspruch auf Erstellung eines Wirtschaftsplanes; § 2128: Anspruch auf Sicherheitsleistung), und ein Recht auf Auskunft (vgl. § 2121: Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände; § 2122 Satz 2: Wertfeststellung durch Sachverständige; § 2127: Recht auf Auskunft über die Erbschaft) zu.

Eine Verpflichtung des Nacherben zur Mitwirkung bei Rechtsgeschäften über Nachlaßgegenstände besteht lediglich im Rahmen des § 2120. Auf Verlangen des Vorerben ist er verpflichtet, in die zur Verwaltung des Nachlasses erforderlichen Verfügungen einzuwilligen. Weitergehende Verpflichtungen des Nacherben zur Mitwirkung hat das Gesetz für die Dauer der Vorerbschaft nicht vorgesehen. Diese dem Nacherben vom Gesetz zugewiesene Rechtsposition würde unzulässig erweitert, wenn er bei der Auseinandersetzung des in der Hand des Vorerben vereinigten Gesamtgutes "wie ein Anteilsinhaber" des belasteten Anteils auftreten würde. Weder wäre dies mit seinen rechtlichen Befugnissen vereinbar, denn Anteilsinhaber ist auch insoweit der vorerbende Ehegatte; noch läßt sich aus dem Gesetz ein Anspruch gegen den Nacherben herleiten, alle zur gesetzlichen oder vertraglichen Auseinandersetzung des Gesamtgutes erforderlichen Maßnahmen - zusammen mit dem vorerbenden Ehegatten - vorzunehmen.

bb) "Auseinandersetzung" des Gesamtgutes durch den vorerbenden Ehegatten

Da eine Auseinandersetzung des Gesamtgutes mit dem Nacherben

vor Eintritt des Nacherbfalles nicht in Betracht kommen kann, stellt sich die Frage, ob der vorerbende Ehegatte allein eine "Auseinandersetzung" des Gesamtgutes herbeiführen kann. Kann er "mit sich selbst im eigenen Namen" eine der Auseinandersetzung entsprechende Teilung des Gesamtgutes in der Weise vornehmen, daß der eine Teil des auseinandergesetzten Gesamtgutes anschließend gem. § 2111 der Vorerbschaft unterliegt, der andere Teil dagegen dem Ehegatten zu unbeschränkter Verfügungsmacht zusteht? Hierzu müßte der vorerbende Ehegatte gleichzeitig als Träger dreier - ihm zu alleinigem Eigentum zustehender - Vermögensmassen auftreten:

1. als Inhaber seines eigenen - ungebundenen - Vermögens,
2. als Inhaber der beiden Gesamtgutsanteile, und schließlich
3. als Inhaber des der Vorerbschaft unterliegenden Vermögens.

Sind also, und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen, Rechtsgeschäfte mit sich selbst in der Weise möglich, daß Gegenstände mit dinglicher Wirkung verschiedenen Sondervermögensmassen zugewiesen werden?¹⁾

In § 181 geht das Gesetz als selbstverständlich davon aus, daß "mehrseitige" - auch dingliche - Rechtsgeschäfte von nur einer Person vorgenommen werden können. Die Einschränk-

1) Eine weitere Frage ist dann, in welchem Umfang derartige "Auseinandersetzungs"-Verfügungen im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben, dazu unten Seite 107ff.

kung, die sich aus dieser Vorschrift für die Wirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte ergibt, soll lediglich die Gefahr eines Interessenkonfliktes zwischen Vertreter und Vertretenem vermeiden,¹⁾ andere dogmatische Bedenken bestehen gegen ein Insichgeschäft des Vertreters heute nicht mehr.²⁾

Die Rechtsfolgen eines zulässigen Insichgeschäfts des Vertreters treten jedoch bei unterschiedlichen Rechtssubjekten auf. Obwohl nur eine Person handelt, stehen sich doch zwei Vertragspartner gegenüber. Die Einigungserklärung, die beispielsweise der von den Beschränkungen des § 181 befreite Notariatsangestellte für die Parteien eines Grundstücksveräußerungsvertrages abgibt, führt zum Verlust des Grundstückseigentums auf der Seite des Veräußerers und zum Erwerb auf Seiten des Käufers.

Die Problematik des im eigenen Namen mit sich selbst abgeschlossenen Rechtsgeschäftes hat dagegen im BGB keine ausdrückliche Regelung gefunden. Die Erwerbstatbestände gehen im allgemeinen davon aus, daß mindestens zwei Personen an ihnen beteiligt sind.³⁾ Daher wird die Auffassung vertre-

-
- 1) Staudinger-Coing § 181 Rdnr. 1; BGB-RGRK-Kuhn, § 181 Anm. 1; Palandt-Heinrichs, § 181 Anm. 2; Enneccerus-Nipperdey, Allgem. Teil II § 181 I (S. 1109); Lange, Allgem. Teil § 46 III 2 (S. 293); Lehmann-Hübner, S. 315.
 - 2) Im ersten Entwurf fehlte eine dem § 181 entsprechende Norm völlig. Nur in bestimmten Fällen war ein Verbot des Selbstkontrahierens vorgesehen. Boehmer, Grundlagen II 2 (S. 47); Staudinger-Coing, § 181 Rdnr. 2 Vgl. aber zur gemeinrechtlichen Jurisprudenz, die ein Selbstkontrahieren für "begrifflich unmöglich" hielt, die bei Boehmer a.a.O. zitierte gemeinrechtliche Literatur.
 - 3) Motive bei Mugdan I S. 225.

ten, daß es dem Vorerben nicht gestattet sei, Gegenstände seines freien Vermögens der Erbschaft (oder umgekehrt) zuzuweisen. Er könne kein Rechtsgeschäft mit sich selbst abschließen,¹⁾ und ein "Erwerb" im Sinne des § 2111 könne nur dann vorliegen, wenn der Erwerber sich eine ihm nicht gehörige Sache verschafft habe.²⁾ Daran ist sicher soviel richtig, daß ein Vertrag mit sich selbst in der Tat begrifflich undenkbar ist. Vertragserklärungen müssen zwei verschiedene Personen treffen. Niemand kann mit sich selbst einen Vertrag abschließen, weder obligatorisch noch dinglich.³⁾ Die Frage kann daher nur sein, ob es zwingenden gesetzlichen Wertungen widerspricht, den Austausch von Gegenständen verschiedener Sondervermögen durch einseitige Willenserklärungen des Trägers dieser Sondervermögen zuzulassen.⁴⁾

In verschiedenen gesetzlichen Regelungen ist das Prinzip, daß mehrere Personen bei einem dinglichen Erwerbsgeschäft (gleichsam "nehmend" und "gebend") beteiligt sein müssen, durchbrochen. So kann der Eigentümer eines Grundstücks nach § 1196 durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grund-

1) BGB-RGRK-Johannsen, § 2111 Anm. 2; Staudinger-Seybold, § 2111 Rdnr. 1; Soergel-Ehard-Eder, § 2111 Anm. 5, der aber andererseits dem Erben, der nur teilweise als Vorerbe eingesetzt ist, gestatten will, die ihm gebührenden Nachlaßgegenstände auszusondern (§ 2120 Anm. 2); KGJFG 7, 272; BayObLGZ 21, 11. Offengelassen im BayObLG NJW 58, 1683 (1684 11.Sp.).

2) KGJ 40, 183 (Nr. 38).

3) v. Tuhr, II, 1, S. 228; II, 2, S. 369; Soergel-Lindenmaier (8. Auflage), § 181 Anm. 1b; Planck-Flad, § 1239 Anm. 1; RGZ 142, 236; RG JW 27, 2848. Für den Testamentsvollstrecker: v. Lübtow, JZ 60, 151 ff, Harder, AcP 170, 295 (304).

4) Vgl. v. Lübtow, JZ 60, 151 (152).

buchamt eine Grundschuld für sich selbst am eigenen Grundstück bestellen. Die Rechtsprechung hat dies auch auf die Fälle der Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit¹ und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für sich selbst am eigenen Grundstück ausgedehnt.^{2) 3)} Zur Bestellung eines solchen Rechts bedarf es keiner "Einigung", es genügt - in analoger Anwendung des § 1196 Abs. 2 - eine einseitige Erklärung. Die in § 873 geforderte "Einigung" soll lediglich verhindern, daß jemand ein Recht gegen seinen Willen erwirbt.⁴⁾ Bedenken, die sich daraus ergeben, daß der Grundstückseigentümer auf zwei Seiten eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst auftritt, sieht weder der Bundesgerichtshof, noch sind sie aus der Literatur ersichtlich.

-
- 1) RGZ 142, 234; BGHZ 41, 209 entgegen dem gemeinrechtlichen Satz "nemini res sua servit"; Baur, Sachenrecht, § 33 III 1a (S. 291); Westermann, Sachenrecht, § 122 III 3 (S. 611); Palandt-Degenhart, Einf. vor § 1018 Anm. 2b; Soergel-Baur, § 1018 Rdnr. 38.
 - 2) BGHZ 41, 209; Baur, Sachenrecht, § 34 II (S. 294); Westermann, Sachenrecht, § 123 I (S. 615); Palandt-Degenhart a.a.O.
 - 3) Vgl. auch zur Zulässigkeit einer Nießbrauchsbestellung für sich selbst am eigenen Grundstück: Westermann, Sachenrecht, § 121 II (S. 598); Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 2 V 3b (S. 16); Soergel-Baur, § 1030 Rdnr. 3; Palandt-Degenhart, § 1030 Anm. 3a; v. Lübtow, NJW 62, 275 ff; LG Stade, NJW 68, 1678.
 - 4) BGHZ 41, 209; Heck, Grundriß des Sachenrechts, S. 99f; v. Lübtow, Schenkungen der Eltern, S. 66; Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 108 I 1b (S. 442); Harder, DNotZ 1970, 267 (270).

Allerdings wird - meist ohne Begründung - ein rechtliches Interesse¹⁾ des Eigentümers an der einseitigen Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts gefordert.²⁾ Nur dann, wenn der Eigentümer "die besondere Intensität des beschränkten Rechts in seinen Händen ...wirklich im Sinne einer richtigen Regelung" brauche, sei eine einseitige Bestellung dieser Rechte zulässig.³⁾ Dem ist überzeugend entgegengehalten worden, daß zur Verhinderung mißbräuchlicher Rechtsgestaltungen hier kein besonderes Interesse gefordert zu werden braucht.⁴⁾ Einem Mißbrauch steht vielmehr schon § 226 entgegen, sodaß dem Eigentümer - vor allem im Hinblick auf § 903 - die einseitige Begründung dinglicher Rechte an eigenen Sachen auch ohne besonderes Interesse zu gestatten ist.⁵⁾

Ein einseitiges dingliches Rechtsgeschäft ist gesetzlich auch in § 1239 vorgesehen, wonach der Pfandgläubiger den Pfandgegenstand selbst ersteigern kann. Durch den Zuschlag erfolgt ein einseitiges Erwerbsgeschäft, denn der Pfandgläubiger tritt sowohl als Veräußerer (§ 1235) wie auch als Erwerber auf.⁶⁾

-
- 1) Wolff-Raiser, a.a.O.; Westermann, a.a.O.; v. Lübtow, Schenkungen der Eltern, S. 62, 89.
 - 2) Zu den unterschiedlichen Formulierungen dieses zusätzlichen Erfordernisses in Literatur und Rechtsprechung vgl. Harder, DNotZ 1970, 267 (271).
 - 3) Schmidt-Rimpler, Die Eigentümergrunddienstbarkeit, S. 165 f.
 - 4) Harder a.a.O.; Weitnauer, DNotZ 1958, 358 f.
 - 5) Harder a.a.O.
 - 6) Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 166 VI 1 (S. 697); Westermann, Sachenrecht, § 130 II 3a (S. 651); Planck-Flad, § 1239 Anm. 1; Palandt-Degenhart, § 1239 Anm. 1a; a.A. v. Tuhr II 1, S. 229 Anm. 154.

Die Behauptung, niemand könne ein dingliches Rechtsgeschäft mit sich selbst abschließen, ist daher unzutreffend.¹⁾

Voraussetzung einer Änderung der dinglichen Zuordnung von Gegenständen, die zu verschiedenen Sondervermögen einer Person gehören, ist allerdings, daß sie sich nicht nur "im Wissen" dieser Person vollzieht, Rechtsgeschäfte, die sich nur "geistig" vollziehen, würden zu einer untragbaren Beeinträchtigung der Rechtsklarheit führen.²⁾ Unabdingbare Voraussetzung eines dinglichen Rechtsgeschäftes mit sich selbst ist daher die äußere Erkennbarkeit und Eindeutigkeit.³⁾

-
- 1) Im Ergebnis ebenso (mit Hinweis, daß es sich um verschiedene Sondervermögen handele) Palandt-Keidel, § 2111 Anm. 5; Erman-Hense, § 2111 Rdnr. 4.
Die Frage, ob der Vorerbe diejenigen Gegenstände aus dem Nachlasse aussondern kann, die ihm als Vollerbe zustehen, bejahen:
Soergel-Siebert-Eder, § 2111 Anm. 2; Palandt-Keidel, Einf. vor § 2100, Anm. 3a; a.A. zu Unrecht Kipp-Coing, Erbrecht (S. 220); vgl. auch OLG Stuttgart in OLGZ 73 (3), 262; offen gelassen von Bay ObLG NJW 58, 1683 (1. Sp.).
 - 2) Dies scheint auch der Grund dafür zu sein, daß das BayObLG a.a.O. "Schwierigkeiten" sieht, wie ein zum Teil als Vollerbe eingesetzter Vorerbe zur Aussonderung der ihm gebührenden Gegenstände gelangen kann.
 - 3) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil II § 181 I (S. 1109); Staudinger-Coing, § 181 Rdnr. 1 aE; Erman-Westermann, § 181 Rdnr. 20.

Die Anforderungen, die insoweit gestellt werden müssen, sind die gleichen wie bei dinglichen Verfügungsgeschäften des selbstkontrahierenden Stellvertreters: es muß eine deutliche Trennung der Gegenstände in der Weise erfolgen, daß ihre Zugehörigkeit zu den einzelnen Sondervermögen nach der Teilung zweifelsfrei feststellbar ist.¹⁾

Im Ergebnis läßt sich sagen, daß auch der vorerbende Ehegatte - in dessen Hand sich zwei Gesamtgutsanteile zu Alleineigentum vereinigt haben - sehr wohl eine "Auseinandersetzung" des Gesamtgutes in der Weise vornehmen kann, daß ihm anschließend der eine Teil des ehemaligen Gesamtgutes zu freier Verfügbarkeit zusteht, der andere in seiner Stellung als Vorerbe. In welchem Umfange eine solche "Auseinandersetzung" im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleibt, muß - ebenso wie in dem oben erörterten Fall, daß ein anderer als der Überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen geworden ist - im folgenden noch besonders untersucht werden.

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. und die Beispiele in der Rspr. RGZ 52, 110 ff; 63, 17, 405; 121, 33. Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 181 Rdnr. 31; Palandt-Heinrichs, § 181 Anm. 5.

II. Die berechtigten Belange des Nacherben

- 1) Verfügungen des vorerbenden Ehegatten, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich sind

Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich sind, sind auch in dem Fall, daß sich beide Gesamtgutsanteile in der Hand des überlebenden Ehegatten vereinigen, zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich. Wie in dem Falle, daß ein anderer als der überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen Ehegatten geworden ist, bleiben solche Verfügungen im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam. Der Nacherbe hat gemäß § 2120 in solche Verfügungen auf Verlangen des vorerbenden Ehegatten einzuwilligen.

- 2) Verfügungen im Rahmen der Teilung des Gesamtgutes

Eine Sonderung des in der Hand des vorerbenden Ehegatten vereinigten Gesamtgutes vor Eintritt des Nacherbfalles ist - wie gezeigt - deshalb nötig, um dem Ehegatten freie Verfügbarkeit über die ihm - als Inhaber seines "freien" Vermögens - zufallenden Gegenstände zu verschaffen.

Soll die durch den vorerbenden Ehegatten vorgenommene Teilung des Gesamtgutes im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben, müssen auch hier die oben erörterten Grundsätze beachtet werden.¹⁾

1) Vgl. oben Seite 84 ff.

Die nach der Teilung der Vor- und Nacherbschaft unterliegenden Gegenstände müssen in ihrem wirtschaftlichen Wert dem Gesamtgutsanteil entsprechen, der dem vorerbenden Ehegatten in seiner Stellung als Vorerbe zustand. Ist eine nicht befreite Vorerbschaft angeordnet, muß auch die Verteilung der Grundstücke und Grundstücksrechte in der geschilderten Weise erfolgen. Eine solche Sonderung bleibt im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam. Zu einem Teilungsplan, der den genannten Voraussetzungen entspricht, kann der vorerbende Ehegatte die Einwilligung des Nacherben verlangen.

Nach der Sonderung des Gesamtgutes kann der vorerbende Ehegatte über die ihm als Inhaber seines freien Vermögens zugefallenen Gegenstände frei von nacherblichen Beschränkungen verfügen. Die ihm in seiner Stellung als Nacherbe zugefallenen Gegenstände unterliegen dagegen gemäß § 2111 den Verfügungsbeschränkungen des § 2113.

3) Die Unwirksamkeit weitergehender Verfügungen

Es gilt auch hier das gleiche wie in dem oben erörterten Fall, daß ein anderer als der überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen Ehegatten geworden ist.¹⁾

1) Vgl. oben Seite 86 ff.

Vor der "Auseinandersetzung" des Gesamtgutes werden unentgeltliche Verfügungen und - bei nicht befreiter Vorerbschaft - Grundstücksverfügungen im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam, sofern sie nicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich sind.

Verfügungen, die im Rahmen der Auseinandersetzung des Gesamtgutes erfolgen, werden dann unwirksam, wenn die Teilung nicht in der Weise erfolgt, daß anschließend der Vorerbschaft ein wirtschaftlich dem Wert des Gesamtgutanteils entsprechender Teil der Gegenstände des Gesamtgutes unterliegt, und der vorerbende Ehegatte dies bei Vornahme der Teilung entweder weiß oder fahrlässig erkennt.¹⁾ Hat der verstorbene Ehegatte eine nicht befreite Vorerbschaft angeordnet, sind auch die im Rahmen der Teilung erfolgten Grundstücksverfügungen unwirksam, sofern nicht ein dem Anteil am Gesamtgut wirtschaftlich entsprechender Teil der Grundstücke und Grundstücksrechte zugewiesen wurde.

III. Zusammenfassung

Auch wenn der überlebende Ehegatte Vorerbe des verstorbenen Ehegatten wird, führt der "Durchgriff" der Anteilsbelastung auf die einzelnen Gegenstände des Gesamtgutes zu einem Ergebnis, welches alle berührten Belange sinnvoll berücksichtigt.

1) Vgl. oben S. 7 Anm. 2

Grundvoraussetzung dieser Lösung ist die Erkenntnis, daß trotz der Vereinigung beider Gesamthandsanteile in der Hand des vorerbenden Ehegatten zu Alleineigentum eine gesamthänderische Verbundenheit bestehen bleibt. Der zur Vor- und Nacherbschaft gehörende Anteil unterliegt nämlich einer anderen Rechtslage als der "freie" Anteil des überlebenden Ehegatten. Der vorerbende Ehegatte kann auch hier diejenigen Verfügungen über Gegenstände des Gesamtgutes vornehmen, die zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes erforderlich sind. Darüber hinausgehende Verfügungen über Grundstücke oder unentgeltliche Verfügungen, die vor der Auseinandersetzung erfolgen, sind in analoger Anwendung des § 2113 im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam.

Diese Beschränkung des vorerbenden Ehegatten ist aber nach der gesetzlichen Intention (§ 1471 Abs. 1) nur dann tragbar, wenn ihm eine Möglichkeit eröffnet wird, zu freier Verfügbarkeit über den seinem Anteil entsprechenden Teil der Gegenstände zu gelangen. Dieses Ziel kann nicht sinnvoll dadurch erreicht werden, daß man dem vorerbenden Ehegatten gestattet, unentgeltlich über Hälftebruchteile (bzw. über Hälftebruchteile von Grundstücken) zu verfügen. Dadurch würde das Gesamtgut häufig in wirtschaftlich sinnloser Weise zerschlagen. Die Teilung des Gesamtgutes soll vielmehr nach der gesetzlichen Intention in erster Linie vertraglich und subsidiär nach den gesetzlichen Regeln erfolgen, deren Schematik durch Übernahme- und Ausgleichs-

rechte erheblich gemildert ist (vgl. § 1477). Diese Zwecksetzung des Gesetzes bleibt nach der "Bruchteilslösung" unberücksichtigt.

Dem überlebenden Ehegatten ist daher zu gestatten, das Gesamtgut in wirtschaftlich sinnvoller Weise zu teilen, um so zu unbeschränkter Verfügungsmacht über das seinem freien Vermögen zufallenden Auseinandersetzungsgut zu gelangen. Gegen eine solche "Auseinandersetzung mit sich selbst im eigenen Namen" bestehen keine rechtlichen Bedenken, sofern sie nach außen hin ausreichend manifestiert wird. Die erforderliche äußerliche Erkennbarkeit kann zum Beispiel dadurch gewährleistet werden, daß der vorerbende Ehegatte einen Teilungsplan aufstellt und dazu die Einwilligung des Nacherben einholt.

Soweit die Teilung des Gesamtgutes zu einer "gerechten" Verteilung der Gegenstände führt, bleibt sie auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam. Nach der Auseinandersetzung unterliegen die dem vorerbenden Ehegatten in seiner Stellung als Vorerben zugefallenen Gegenstände gemäß § 2111 den Beschränkungen des § 2113. Über die ihm in seiner Stellung als Inhaber seines freien Vermögens zugefallenen Gegenstände kann der Ehegatte dagegen frei von nacherblichen Beschränkungen verfügen.

Der oben gefundene analoge Obersatz läßt sich nunmehr für den Fall, daß der überlebende Ehegatte Vorerbe des vorverstorbenen Ehegatten geworden ist, wie folgt ergänzen:

S. 3. das gleiche gilt, wenn sich beide Gesamtgutsanteile einer beendeten Gütergemeinschaft in der Hand des zum Vorerben eingesetzten überlebenden Ehegatten vereinigen; an die Stelle der ordnungsgemäßen Auseinandersetzung tritt dann die ordnungsgemäße Teilung des Gesamtgutes durch den vorerbenden Ehegatten.

F ü n f t e s K a p i t e l

Verfügungsbeschränkungen über Erbschaftsgegenstände nach § 2113, wenn ein Miterbenanteil einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt

Gehört ein Miterbenanteil zu einer Vorerbschaft oder hat ein Erblasser nur einen von mehreren Miterben mit einer Vor- und Nacherbschaft belastet, dann stellt sich bei Grundstücksverfügungen oder unentgeltlichen Verfügungen der Miterben über Erbschaftsgegenstände die gleiche Frage, wie bei der beendeten Gütergemeinschaft.¹⁾

Wie wirkt sich die Belastung eines Erbanteils mit einer Vor- und Nacherbschaft auf Verfügungen der Miterben über Nachlaßgegenstände aus? Bleiben unentgeltliche Verfügungen über Nachlaßgegenstände und Verfügungen über Nachlaßgrundstücke im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unbeschränkt wirksam oder bewirkt die Belastung eines Miterbenanteils die Unwirksamkeit von Verfügungen über Nachlaßgegenstände im Falle des Eintritts der Nacherbfolge? Bei der Prüfung, ob und in welchem Umfange § 2113 analog angewendet werden muß, sind auch hier verschiedene teleologische Kriterien heranzuziehen.²⁾ Es muß zum einen die Wertung des § 2113 zum Schutze des Nacherben berücksichtigt werden, zum ande-

1) Vgl. oben 4. Kapitel (Seite 73 ff)

2) Vgl. oben 3. Kapitel (Seite 69 ff)

ren aber auch der aus dem Gesetz zu entnehmende übergeordnete Zweck, dem das gesamthänderisch gebundene Nachlaßvermögen zu dienen hat.

Es muß dazu wieder festgestellt werden, welche Verfügungen über Nachlaßgegenstände auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben müssen, wenn nicht der Gesamthandszweck und die Belange derjenigen Miterben, die Inhaber eines unbelasteten Erbanteils sind, untragbar beeinträchtigt werden sollen.

Anschließend muß untersucht werden, ob trotz der erforderlichen dauernden Wirksamkeit bestimmter Verfügungen über Nachlaßgegenstände auch die in § 2113 geschützten Belange des Nacherben ausreichend berücksichtigt werden können.

I. Verfügungen der Miterben, die dauernd wirksam bleiben müssen

1) Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind

Wie bei der beendeten Gütergemeinschaft ist auch bei der Erbengemeinschaft das sonst geltende Einstimmigkeitsprinzip durchbrochen, soweit Maßregeln zur ordnungsgemäßen Verwaltung eines Nachlasses erforderlich werden. Jeder Miterbe ist dem anderen gegenüber verpflichtet, zu solchen Maßregeln mitzuwirken (§ 2038 Abs. I S. 2, 1. Halbs.).

Notfalls kann diese Einwilligung im Klagewege erzwungen werden.¹⁾ Sind zur ordnungsgemäßen Verwaltung Verfügungen erforderlich,²⁾ so kann jeder einzelne Miterbe die Einwilligung der übrigen Erben auch dazu verlangen. Ob eine Verfügung im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist, richtet sich danach, ob sie der Beschaffenheit und dem Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen entspricht.³⁾ Dies muß auch bei der Erbengemeinschaft von Fall zu Fall beurteilt werden, wobei wesentlicher Maßstab die Tatsache ist, daß die Erbengemeinschaft bereits im Zeitpunkt ihrer Entstehung auf Auseinandersetzung gerichtet ist.⁴⁾ In diesem Umfange müssen Verfügungen auch mit Wirksamkeit im Falle des Eintritts der Nacherbfolge vorgenommen werden können. Wenn das Gesetz bestimmte Verfügungen im Innenverhältnis der Miterben von einer Übereinstimmung unabhängig macht, dann kann nicht die nacherbliche Belastung eines Erbanteils zu einer Unwirksamkeit dieser Verfügungen im Falle des Eintritts der Nacherbfolge führen. Die Miterben, deren Anteil

-
- 1) Kipp-Coing, Erbrecht § 114 IV 4a (S. 493); Brox, Erbrecht Rdnr. 618; v. Lübtow, Erbrecht II, 5. Hauptteil, 4. Kapitel § 4 (S. 807, 810); BGB-RGRK-Kregel, § 2038 Anm. 4; Palandt-Keidel, § 2038 Anm. 2; Erman-Bartholomeyczik, § 2038 Rdnr. 11; BGHZ 6, 76; OLG 37, 252.
 - 2) BGB-RGRK-Kregel, § 2038 Anm. 1; v. Lübtow a.a.O., S. 803; BGH FamRZ 65, 267.
 - 3) Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 245; Kipp-Coing, Erbrecht, § 114 IV 3 (S. 492); Brox, Erbrecht, Rdnr. 615; Lange, Erbrecht, § 45 I 3c, S. 558; Staudinger-Lehmann, § 2038 Rdnr. 2; BGB-RGRK-Kregel, § 2038 Anm. 8; BGHZ 6, 76.
 - 4) Vgl. v. Lübtow, Erbrecht II, 5. Hauptteil, 4. Kapitel § 1 (S. 800); BGHZ 17, 299 (302).

nicht nacherblich belastet ist, würden dadurch in einer der gesetzlichen Teleologie widersprechenden Weise in ihrer Rechtsmacht beschränkt.

2) Verfügungen im Rahmen der Teilung des Nachlasses

Der gesamthänderischen Bindung jedes Miterben stellt das Gesetz bei der Erbengemeinschaft regelmäßig das Recht der einzelnen Miterben gegenüber, jederzeit die Auseinandersetzung zu verlangen (§ 2042 Abs. 1). Wie bei der beendeten Gütergemeinschaft bedingen sich in der - ebenfalls auf Auseinandersetzung gerichteten - Erbengemeinschaft regelmäßig gesamthänderische Bindung einerseits und Recht auf Auseinandersetzung andererseits. Wenn daher die nacherbliche Belastung eines Erbanteils aufgrund der gesamthänderischen Bindung zu einer Verfügungsbeschränkung aller Miterben zugunsten des Nacherben führt, dann ist dies nur dann tragbar, wenn die "nicht belasteten" Miterben die Teilung erzwingen und dadurch zu unbeschränkter, nicht nacherblich belasteter Verfügungsmacht über die ihnen zugefallenen Gegenstände gelangen können.

Auch für den Fall, daß ein Erbanteil mit einer Vor- und Nacherbschaft belastet ist, lassen sich also diejenigen Verfügungen, die dauernd wirksam bleiben müssen, eindeutig bestimmen und begrenzen. Es sind dies solche Verfügungen, die zu einer ordnungsgemäßen Verwaltung, und solche, die zu einer wirtschaftlich vernünftigen Auseinandersetzung

des Nachlasses erforderlich sind.

II. Die berechtigten Belange des Nacherben

Im folgenden muß nun weiter gefragt werden, ob trotz der Wirksamkeit solcher Verfügungen der in § 2113 erstrebte Nacherbenschutz gewährleistet bleibt, in welchem Umfange also der Schutz des Nacherben Verfügungsbeschränkungen erfordert.

1) Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind

Wie im Falle der beendeten Gütergemeinschaft muß der Nacherbe gemäß § 2120 seine Einwilligung zu solchen Verfügungen erteilen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des der Vor- und Nacherbschaft unterliegenden Nachlasses erforderlich sind. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut für den Fall, daß der Erblasser nur einen (oder einige) seiner Miterben mit einer Vor- und Nacherbschaft belastet hat (vgl. oben Seite 29). Was ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses im Sinne des § 2038 Abs. 1 S. 1 ist, stellt selbstverständlich auch ordnungsgemäße Verwaltung im Sinne des § 2120 dar.

Aber auch für den Fall, daß ein bereits in der Person des Erblassers vorhandener Erbanteil x_1 in einer Vor- und Nacherbschaft y fällt, kann nichts anderes gelten. Sofern eine

Verfügung zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses x erforderlich ist, kann sie nicht einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses y widersprechen, zu dem der Anteil x_1 gehört.

Die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des anteilig belasteten Nachlasses erforderlichen Verfügungen bleiben deshalb auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam. Der in diesem Rahmen nötige Entzug von Grundstücken oder Grundstücksrechten aus dem Nachlaß ist nach § 2120 erlaubt und widerspricht nicht dem durch § 2113 erstrebten Nacherbenschutz. Der Nacherbe hat zu solchen Verfügungen seine Einwilligung zu erteilen (§ 2120).

2) Verfügungen, die im Rahmen einer ordnungsgemäßen Teilung des Nachlasses erfolgen

Der mit § 2113 bezweckte Nacherbenschutz wird bei einer Auseinandersetzung des Nachlasses nur dann erreicht, wenn anschließend ein dem Gesamthandsanteil des Vorerben wirtschaftlich entsprechender Teil der Gegenstände zur Vorerbschaft gehört. Der Vorerbschaft darf m.a.W. nichts unentgeltlich entzogen werden. Voraussetzung dafür ist, daß die Gegenstände, die dem Vorerben im Rahmen der Teilung zugewiesen werden, nach der Teilung wiederum der Vorerbschaft unterliegen (siehe unten a). Würde nämlich die Auseinandersetzung des anteilig vorerblich belasteten Nachlasses dazu führen, daß die dem Vorerben zugefallenen Gegenstände dem

freien Vermögen des Vorerben zufallen, dann könnte der mit § 2113 bezweckte Nacherbenschutz bei einer Erbauseinandersetzung nicht erreicht werden.

Erst wenn feststeht, daß die dem Vorerben bei der Auseinandersetzung zufallenden Gegenstände ebenfalls der Vorerbschaft unterliegen, stellt sich die weitere Frage, in welchem Umfange eine Nachlaßteilung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleibt (vgl. unten b).

a) Die Anwendbarkeit des § 2111 auf das dem Vorerben bei der Auseinandersetzung Zugefallene

Keine Schwierigkeiten bereitet die Anwendbarkeit des § 2111 in dem Fall, daß ein Erbanteil x_1 der Erbschaft x in einen mit einer Vor- und Nacherbschaft belasteten Nachlaß y gefallen ist. Hier folgt unmittelbar aus dem Wortlaut des § 2111, daß die bei der Auseinandersetzung des Nachlasses x auf den Erbanteil x_1 entfallenden Gegenstände wieder zum vorerbrechtlich belasteten Nachlaß y gehören: da der Erbanteil x_1 Vermögensbestandteil des Nachlasses y ist, erfolgen die im Rahmen der Auseinandersetzung des Nachlasses x vorgenommenen Rechtsgeschäfte "mit Mitteln des Nachlasses (y)", (§ 2111). Es gilt das gleiche wie im bereits erörterten Fall, daß der Anteil einer beendeten Gütergemeinschaft zum Nachlaß gehört und eine Auseinandersetzung dieser Gütergemeinschaft erfolgt.¹⁾

1) Vgl. oben 4. Kapitel (Seite 84).

Problematischer ist dagegen der Fall, daß der Erblasser mehrere Erben einsetzt und nur einen (oder einen Teil) von ihnen mit einer Vor- und Nacherbschaft belastet. Zweifel an der Anwendbarkeit des § 2111 können hier deswegen auftauchen, weil die Auseinandersetzung nicht "mit Mitteln der Vorerbschaft" (§ 2111), sondern mittels der ganzen Vorerbschaft erfolgt. Das dem Erben bei der Teilung zugewiesene ist hier Surrogat der gesamten Vorerbschaft und nicht nur eines Vermögensbestandteils der Vorerbschaft. Beck hält in diesem Fall § 2111 für unanwendbar.¹⁾ Der Erbanteil des Miterben sei kein "zur Erbschaft gehöriges Recht", sondern ein Recht am Nachlaß. Folglich hält er alle im Rahmen einer Auseinandersetzung erfolgenden Verfügungen gemäß § 2113 Abs. 2 für unwirksam.²⁾ Nur wenn eine Teilungsanordnung des Erblassers vorliege, könne eine wirksame Auseinandersetzung erfolgen. Die dem Vorerben nach Anordnung des Erblassers zugewiesenen Nachlaßgegenstände würden von da an nicht mehr der Vor- und Nacherbschaft unterliegen.

Beck geht bei seinen Überlegungen schon insofern von einer unzutreffenden Voraussetzung aus, als es sich hier nicht um einen Erwerb aufgrund eines "zur Erbschaft gehörenden Rechts"

-
- 1) Beck, DNotZ 61, 565 ff: Er behandelt allerdings nur den Fall, daß der gesamte Nachlaß (also alle Miterben) vor- und nacherblich belastet ist. Für die Anwendung des § 2111 auf das dem Vorerben bei der Teilung zugewiesene ergeben sich jedoch keine Besonderheiten zu dem Fall, daß nur ein Anteil belastet ist.
- 2) Beck a.a.O., S. 574.

handeln kann, sondern nur um einen Erwerb "durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft". Ein Erwerb nach § 2111, 1. Fallvariante (aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts) kommt nämlich nur dann in Frage, wenn der Erwerb nicht durch ein Rechtsgeschäft des Vorerben vermittelt wird.¹⁾ Die Teilung der Erbschaft erfolgt aber - unabhängig davon, auf welche Weise sie durchgeführt wird - durch Rechtsgeschäft, nämlich durch private Willenserklärungen, an welche die Rechtsordnung den Eintritt des in der Willenserklärung bezeichneten rechtlichen Erfolges knüpft.²⁾

Die entscheidende Frage ist daher, ob § 2111 auch dann anwendbar ist, wenn ein rechtsgeschäftlicher Erwerb mittels des gesamten vor- und nacherblich belasteten Nachlasses erfolgt oder ob eine solche Auseinandersetzung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge gemäß § 2113 Abs. 2 unwirksam ist.

Zur Beantwortung dieser Frage muß man sich vergegenwärtigen, in welchem Verhältnis § 2111 und § 2113 Abs. 2 zueinander stehen. Beide Vorschriften dienen dem gleichen rechtspolitischen Zweck, den Wert des Nachlasses zu erhalten.³⁾ Regel-

1) Erman-Hense, § 2111 RdNr. 3; BGB-RGRK-Johannsen, § 2111 Anm. 3 + 4; Kipp-Coing, Erbrecht § 49 II, 1 + 2; Palandt-Keidel, § 2111 Anm. 2a; v. Lübtow, Erbrecht II, 5. Hauptteil, 5. Kap. § 6 (S. 886); Brox, Erbrecht, RdNr. 726 ff.

2) Vgl. z.B. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.HB. § 145 I A S. 896; Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil, § 24 I (S. 141); Lange, Allgemeiner Teil S. 224; Flume, Allgemeiner Teil, Band 2 § 1; Larenz, Allgemeiner Teil, § 18 I (S. 256).

3) v. Lübtow, Erbrecht II, 5. Hauptteil, 5. Kap. § 6 (S. 895, 886); Kipp-Coing, Erbrecht § 49 IV 2; RGZ 81, 364 (365); KG OLG 35, 371.

mäßig geschieht dies durch Surrogation. Sofern und soweit der Gegenwert eines Erwerbes aus dem Nachlaß wieder in den Nachlaß gelangt, soll Surrogation eintreten. Nur dann, wenn kein Surrogat in den Nachlaß gelangt, tritt nach § 2113 Abs. 2 Unwirksamkeit im Falle des Eintritts der Nacherbfolge ein. Kann also der Gesetzeszweck, den Wert des Nachlasses zu erhalten, durch Annahme einer Surrogation erreicht werden, bedarf es keiner Unwirksamkeit nach § 2113 Abs. 2. Dieser Intention des Gesetzes widerspricht es, den Erwerb mittels der ganzen Vorerbschaft anders zu behandeln als den Erwerb mittels eines Vermögensteils der Vorerbschaft. Entscheidendes Kriterium für die Annahme einer Surrogation kann nur sein, ob für einen Erwerb aus dem Nachlasse ein Entgelt verlangt wird.¹⁾

Schließlich führt die Auffassung Beck's auch dann zu keinem sinnvollen Ergebnis, wenn der Erblasser eine Teilungsanordnung getroffen hat. Wenn nach einer in dieser Weise erfolgten Auseinandersetzung keinerlei nacherbliche Beschränkungen mehr bestünden,²⁾ wäre die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft neben einer Teilungsanordnung sinnlos, denn der Vor-

1) Dazu, daß bei der Anwendung des § 2111 eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten ist, vgl. BGHZ 40, 115 (122, 123); BGH MDR 59, 290 = FamRZ 59, 111; RGZ 89, 53 (58, 60).

2) Vgl. Beck a.a.O., Seite 274.

erbe könnte sich dann jederzeit durch die Auseinandersetzung von den vorerblichen Beschränkungen befreien.¹⁾ Die Auffassung Beck's ist daher mit der gesamten übrigen Literatur und Rechtsprechung abzulehnen.²⁾ Die im Wege einer Erbauseinandersetzung dem Vorerben zugewiesenen Gegenstände unterliegen als rechtsgeschäftliches Surrogat des Erbanteils gemäß § 2111 den nacherblichen Verfügungsbeschränkungen.

b) Der Umfang der Wirksamkeit der Teilungsverfügungen

Auch wenn das dem Vorerben bei der Teilung des Nachlasses Zugewiesene anschließend gemäß § 2111 als Surrogat der Vor- und Nacherbschaft unterliegt, ist damit noch nicht die Frage beantwortet, in welchem Umfange die im Rahmen der Teilung erfolgenden Verfügungen im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben. Wie bei der beendeten Gütergemeinschaft kann sich dies auch hier nur danach richten, ob dem Vorerben gemäß § 2111 dasjenige an Gegenständen zugefallen ist, was wertmäßig dem ihm vorher zustehenden Nachlaßanteil entspricht.

1) a.A. Beck a.a.O., Seite 274: Die Bedeutung einer daneben angeordneten Vor- und Nacherbschaft beschränke sich auf die Fälle, in denen keine Auseinandersetzung zustande kommt oder der Nacherbschaftsfall vor der Auseinandersetzung eintritt. Dies ist nicht überzeugend.

Vgl. auch KG JFG 30 A 212 = OLG 10, 446;

2) BGH LM Ca Nr. 13 IV 3 zu § 242, BGHZ 40, 115 (122, 123), BGH MDR 59, 290 = FamRZ 59, 111, LG Berlin WPM 61, 637, OLG Celle in NJW 68, 802, RGZ 89, 53. BGB-RGRK-Johannsen § 2111 Rdnr. 7; Staudinger-Seybold § 2111 Rdnr. 7; Planck-Flad § 2111 Anm. 2a; Soergel-Siebert-Ehard-Eder § 2111 Rdnr. 1; Kipp-Coing, Erbrecht § 49 II 2a (S.222); Bartholomeyczik, Erbrecht; Palandt-Keidel § 2111 Anm. 2b.

Hat der Erblasser allerdings - neben der Vor- und Nacherbschaft - eine Auseinandersetzungsanordnung getroffen, fehlt es bereits an einer möglichen Rechtsbeeinträchtigung des Nacherben, wenn die Teilung strikt nach dieser Anordnung erfolgt.¹⁾ Hat der Erblasser keine Auseinandersetzungsanordnung getroffen und erfolgt die Teilung nach den gesetzlichen Regeln, wird anschließend stets ein dem Gesamthandsanteil des Vorerben am Nachlasse wertmäßig entsprechender Teil der Gegenstände der Vor- und Nacherbschaft unterliegen. Die gesetzlichen Teilungsregeln zielen in ihrer Strenge zwar nicht so sehr auf eine wirtschaftlich sinnvolle, wohl aber auf eine gleichmäßige "gerechte" Teilung des Nachlasses ab.

1) Bartholomeyczik, Erbrecht § 41 VI 2a aa (S. 271); Staudinger-Seybold¹¹ § 2113 Rdnr. 12; Soergel-Siebert-Ehard-Eder § 2113 Anm. 3; Stuttgart KGJ 32 A 305; Achilles-Greifff²¹ § 2113 Anm. 5; KG JFG 22, 98 (für die Erfüllung eines Stückvermächtnisses). Nach anderer Auffassung ist bei einer Teilungsanordnung des Erblassers eine Befreiung des Vorerben von dem Erfordernis der Zustimmung des Nacherben anzunehmen (§ 2136): Kipp-Coing, Erbrecht § 49 IV 1d (S. 224); v. Lübtow, Erbrecht II, S. 894, Anm. 38; BGB-RGRK-Johannsen § 2113 Anm. 31, 50. Unklar Palandt-Keidel § 2113 Anm. 1a bb einerseits und § 2136 Anm. 3a andererseits. Auf den Streit braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da Einigkeit darüber besteht, daß eine nach Teilungsanordnung des Erblassers vorgenommene Auseinandersetzung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge voll wirksam bleibt.

Die Teilung des Nachlasses kann aber auch nach einer vertraglichen Auseinandersetzungsvereinbarung der Miterben erfolgen. Wie bei der beendeten Gütergemeinschaft wird es nämlich auch hier häufig vorteilhafter sein, sich die Gegenstände unter Anrechnung ihres Wertes auf die Erbteile zuzuweisen, statt sie zu versilbern.¹⁾ Die Wirksamkeit einer solchen Teilung im Falle des Eintritts der Nacherbfolge richtet sich ebenfalls danach, ob der Vorerbschaft ein Wertäquivalent zugewiesen wird, ob also nach Teilung des Nachlasses der Vor- und Nacherbschaft dasjenige unterliegt, was wertmäßig dem Gesamthandsanteil des Vorerben entspricht. Bei nicht befreiter Vorerbschaft sind darüber hinaus auch die zum Nachlasse gehörenden Grundstücke in wirtschaftlich vernünftiger Weise so zu verteilen, daß dem Nacherben nicht der Schutz des § 2113 Abs. 1 entzogen wird. Der Vor- und Nacherbschaft muß dann nach der Teilung ein dem Erbanteil entsprechender Teil der Grundstücke und Grundstücksrechte unterliegen. In einen solchen Auseinandersetzungsplan hat der Nacherbe - wie im Falle der beendeten Gütergemeinschaft - seine Einwilligung zu erteilen.²⁾

-
- 1) v. Lübtow, Erbrecht II, 5. Hauptteil, 4. Kap. § 6 (S. 837); Bartholomeyczik, Erbrecht S. 254; Erman-Bartholomeyczik, § 2042 Rdnr. 4; Kipp-Coing, Erbrecht § 117 II, III (S. 511).
2) Vgl. oben 4. Kapitel Seite 85.

3) Die Unwirksamkeit weitergehender Verfügungen

Verfügungen über Nachlaßgegenstände, die nicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind, müssen unterbleiben, wenn ein Miterbe widerspricht. Im Innenverhältnis der Miterben besteht insoweit Zwang zur Einstimmigkeit (§ 2039 Abs. 1 S. 1). Soll also beispielsweise ein Gegenstand aus dem Nachlaß unentgeltlich weggegeben werden (ohne daß dies vielleicht einmal ausnahmsweise zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist), dann ist dies nur möglich, wenn jeder einzelne Miterbe zustimmt. Andernfalls muß eine solche Verfügung unterbleiben. Gleiches gilt für Grundstücksverfügungen, die nicht im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind. Wenn solche Verfügungen aber am Einspruch jedes Miterben scheitern müssen, dann besteht auch kein schutzwürdiges Interesse der einzelnen Miterben, solche Verfügungen mit Wirksamkeit im Falle des Eintritts der Nacherbfolge vorzunehmen. So, wie die mangelnde Zustimmung eines Miterben eine solche Verfügung überhaupt unmöglich macht, so werden die berechtigten Belange "der nicht belasteten" Miterben nicht beeinträchtigt, wenn diese Verfügungen im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam werden.

Nehmen die Miterben daher solche weitergehenden Verfügungen vor, kann deren Wirksamkeit im Falle des Eintritts der Nacherbfolge ausschließlich an den Belangen des Nacherben gemessen werden. Es gilt insoweit das gleiche wie bei der beende-

ten Gütergemeinschaft. Auch hier werden daher unentgeltliche Verfügungen über die Gegenstände der teilweise nacherblich belasteten Erbschaft im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam. Ist eine nicht befreite Vorerbschaft angeordnet, so werden auch Verfügungen über Grundstücke oder Grundstücksrechte unwirksam, sofern sie nicht zu einer "ordnungsgemäßen" Verwaltung des Nachlasses erforderlich waren.

Darüber hinaus sind alle diejenigen Teilungsverfügungen im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam, die nicht den oben (S. 109 ff) ausgeführten Voraussetzungen entsprechen. Das erfordert der dem Nacherben in § 2113 zuerkannte Schutz. Wenn dem Vorerben weniger zugewiesen wird, als seinem Erbanteil wirtschaftlich entspricht und der Vorerbe dies weiß oder fahrlässig verkennt,¹⁾ sind die Teilungsverfügungen im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam. Bei nicht befreiter Vorerbschaft sind die Teilungsverfügungen auch dann unwirksam, wenn die Grundstücke und Grundstücksrechte nicht wirtschaftlich vernünftig "gerecht" verteilt worden sind. In einen solchen Teilungsplan braucht der Nacherbe nicht einzuwilligen. Im Falle des Eintritts der Nacherbfolge kann er verlangen, daß die verteilten Gegenstände zum Gesamtgut zurückgewährt werden. Da der Nacherbe nunmehr Miterbe ist (vgl. § 2139), kann er sodann erneut die Auseinandersetzung betreiben. Ist die Rückgewähr der Gegenstände nicht mehr möglich, kann er vom Vorerben

1) Vgl. zur Unentgeltlichkeit oben S. 7 Anm. 2.

Schadensersatz verlangen (§ 2138 Abs. 2).

III. Zusammenfassung

Für den Fall, daß ein Miterbenanteil einer Vor- und Nach-
erbschaft unterliegt, gelten zur Ausfüllung der in § 2113
durch Konstituierung des "gemeinschaftlichen Vermögens" ent-
standenen Gesetzeslücke die gleichen Überlegungen wie bei
der beendeten Gütergemeinschaft.

Der analoge Obersatz läßt sich daher im Anschluß an § 2113
Abs. 1 und 2 wie folgt formulieren:

1. Gehört zur Erbschaft ein Erbanteil oder hat der Erblas-
ser nur einen von mehreren Miterben mit einer Nacherb-
schaft belastet, sind Verfügungen über Nachlaßgegenstän-
de in der gleichen Weise unwirksam, sofern solche Ver-
fügungen nicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung oder zur
ordnungsgemäßen Erbauseinandersetzung erforderlich sind.
2. Nach der Erbauseinandersetzung finden Abs. 1 und Abs. 2
auf die dem Vorerben im Rahmen der Auseinandersetzung zu-
gefallenen Gegenstände Anwendung.

S e c h s t e s K a p i t e l

Verfügungsbeschränkungen über Gesamthandsgegenstände, wenn ein Gesellschafts- oder Vereinsanteil einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt

Auch für den Fall, daß der Gesamthandsanteil einer Gesellschaft oder eines nicht rechtsfähigen Vereins¹⁾ einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt, ergibt sich für die Frage der Verfügungsbefugnis über die Gesamthandsgegenstände keine unmittelbar aus dem Gesetz folgende Lösung. Es fehlt eine dem § 2113 entsprechende Anschlußnorm, so daß eine "Rechtsverweigerungslücke" vorliegt. Ein "Durchgriff" der Anteilsbelastung (d.h. die analoge Anwendung des § 2113) würde den Schutz des Nacherben gewährleisten. Mit dieser Feststellung ist jedoch auch für diesen Fall noch keine Lösung des Problems gefunden. Es muß vielmehr weiter gefragt werden, in welchem Umfange die übrigen rechtspolitischen Wertungen die dauernde Wirksamkeit von Verfügungen über die Gesamthandsgegenstände erfordern.²⁾

-
- 1) Beim rechtsfähigen Verein kann das Problem nicht auftauchen, weil es dort an einem Gesamthandsvermögen fehlt. Der Fall, daß ein Vereinsteil zu einer Vorerbschaft gehört, kann im übrigen nur dann eintreten, wenn die Vererblichkeit der Vereinsmitgliedschaft in der Satzung bestimmt ist. Andernfalls scheidet ein Mitglied mit dem Tode aus (vgl. Staudinger-Boehmer, § 1922 Rdnr. 162; Erman-Bartholomeyczik, § 1922 Rdnr. 23; Palandt-Keidel, § 1922 Anm. 3b).
- 2) Vgl. oben Seite 75 ff und Seite 114 ff.

I. Verfügungen, die dauernd wirksam bleiben müssen

Bei der beendeten Gütergemeinschaft und bei der Erbengemeinschaft ließ sich eine Unterscheidung zwischen solchen Verfügungen treffen, die dauernd wirksam bleiben müssen, und solchen Verfügungen, die zur Erreichung des Gesamt-handzweckes entbehrlich sind. Nur die zur ordnungsgemäßen Verwaltung und die im Rahmen einer wirtschaftlich sinnvollen Auseinandersetzung erforderlichen Verfügungen mußten auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben. Darüber hinausgehende Verfügungen wurden vom Zweck der Gemeinschaften nicht gefordert. Die Belastung eines Gesamthandanteils konnte - was diese darüber hinausgehenden Verfügungen betraf - auf die einzelnen Gegenstände "durchgreifen" und zur Unwirksamkeit gemäß § 2113 führen.

Eine solche Differenzierung läßt sich grundsätzlich auch bei Gesellschaft und Verein durchführen. Im Gegensatz zur beendeten Gütergemeinschaft und zur Erbengemeinschaft ist der Zweck, dem das Gesamthandsvermögen zu dienen hat, hier zwar nicht eindeutig gesetzlich bestimmt. Der Maßstab dafür, ob Verfügungen zur Erreichung des Gesellschafts- oder Vereinszweckes erforderlich sind oder ob sie unter diesem Gesichtspunkt entbehrlich sind, läßt sich jedoch aus dem Gesellschaftsvertrag oder der Vereinssatzung entnehmen. Man könnte deshalb zunächst denken, daß die für beendete Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft gefundene Lösung auch für den Fall zu einem sinnvollen Ergebnis führt, daß ein Gesellschaftsanteil

oder der Gesamthandsanteil an einem Verein einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt. Die nach dem vertraglich bestimmten Zweck unentbehrlichen Verfügungen müßten danach auch im Nacherbfalle wirksam bleiben; diejenigen Verfügungen, die vom Gesellschafts- bzw. Vereinszweck her nicht unentbehrlich sind, würden zum Schutze des Nacherben in analoger Anwendung des § 2113 im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam.

Diese Differenzierung könnte zwar im Gegensatz zu beendeter Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen, weil die Ermittlung des vereinbarten Gesellschafts- bzw. Vereinszweckes nicht auf der Grundlage gesetzlicher Vorschriften, sondern nur anhand des Gesellschaftsvertrages bzw. der Vereinssatzung erfolgen könnte. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, daß es grundsätzlich möglich wäre, diese Differenzierung von Fall zu Fall durchzuführen.

Trotzdem ist aber - wie im folgenden darzulegen ist - eine Übertragung des für beendete Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft gewonnenen Ergebnisses auf den nicht rechtsfähigen Verein, die Personenhandelsgesellschaften und regelmäßig auch auf die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts nicht möglich.

1) Der nicht rechtsfähige Verein

Von allen Gesamthandsgemeinschaften ist beim nicht rechtsfähigen Verein der Einheitsgedanke am stärksten ausgebildet. Obwohl § 54 auf die Regeln des Gesellschaftsrechts verweist, besteht Einigkeit darüber, daß auf den nicht rechtsfähigen Verein weitgehend die Regelungen Anwendungen finden müssen, die für den rechtsfähigen Verein gelten.¹⁾ Die "Anteilsrechte" der Mitglieder treten nach außen kaum in Erscheinung, da die Rechtsausübung von den Vereinsorganen wahrgenommen wird.²⁾ Ein Mitglied kann sich nicht durch Kündigung, sondern lediglich durch Austritt von einem Verein lösen.³⁾ Es erfolgt dann keine Auseinandersetzung, sondern der Anteil des ausscheidenden Mitgliedes wächst den Verbleibenden zu.⁴⁾ Neu eintretende Mitglieder treten ohne weiteres in die Rechte und Verbindlichkeiten und auch in die gesamthänderische Bindung des Vereins ein.⁵⁾ Den Gläubigern der

-
- 1) Boehmer, Grundlagen II, 2, § 31; Habscheid, "Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft" AcP 155, 375; Larenz, Allgemeiner Teil, § 10 VI (S. 140): ("aus der Natur der Sache").
 - 2) Lehmann-Hübner, § 61 VII 5 (S. 470); Enneccerus-Nipperdey, § 116 S. 700 f; Boehmer a.a.O., S. 173; Habscheid, a.a.O., S. 391.
 - 3) Lehmann-Hübner, § 61 VII 6c (S. 472); Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 715; Staudinger-Coing, § 54 Rdnr. 31; vgl. BGHZ 13, 11.
 - 4) BGZ 113, 135; Lehmann-Hübner, § 61 VII 4b (S. 470); Enneccerus-Nipperdey, § 116 (S. 700); Staudinger-Coing, § 54 Rdnr. 32.
 - 5) Staudinger-Coing, § 54 Rdnr. 63; Lehmann-Hübner, a.a.O.; Boehmer, Grundlagen II 2 § 31 (S. 175).

Vereinsmitglieder ist der Zugriff auf den vermögensmäßigen Anteil während des Bestehens des Vereins entzogen.¹⁾

Zur gesamthänderischen Verbundenheit tritt also beim Verein die körperschaftliche Bindung des Vermögens hinzu. Nach seiner ganzen Struktur und rechtspolitischen Zwecksetzung will der nicht rechtsfähige Verein als einheitliches Ganzes auftreten und von der Einzelpersonlichkeit der Mitglieder unabhängig sein.²⁾ Der Anteil am Vereinsvermögen hat allenfalls die Bedeutung einer Anwartschaft auf das reine Auseinandersetzungsvermögen nach Beendigung des Vereins.³⁾ Diese besondere Ausgestaltung der gesamthänderischen Bindung verbietet den "Durchgriff" einer Anteilsbelastung auf die einzelnen Gegenstände des Vereinsvermögens. Wenn der Anteil am Vereinsvermögen sogar dem Zugriff der Gläubiger der Vereinsmitglieder entzogen ist, und wenn diesem Anteil selbst beim Austritt eines Mitgliedes keinerlei vermögensmäßige Bedeutung zukommt, dann kann auch die Belastung eines Mitgliedes mit einer Vor- und Nacherbschaft keine Auswirkungen auf die Verfügungsbefugnis haben. Die Feststellung des rechts-

-
- 1) Staudinger-Coing, § 54 Rdnr. 57; Palandt-Danckelmann, § 54 Anm. 3e.
 - 2) Boehmer, Grundlagen II 2 § 31 S. 173 m.w.Nw. auf ältere Literatur; Lehmann-Hübner, § 61 VII 4a; BGB-RGRK-Denecke, § 54 Anm. 3; Palandt-Danckelmann, § 54 Anm. 1.
 - 3) Lehmann-Hübner, § 61 VII 6a; BGB-RGRK-Denecke, § 54 Anm. 9; Enneccerus-Nipperdey, § 116 S. 702.

politischen Zwecks, dem das Gesamthandsvermögen zu dienen hat,¹⁾ ergibt hier somit ohne weiteres, daß die vor- und nacherbliche Belastung eines Anteils nicht zu Verfügungsbeschränkungen über die einzelnen Gegenstände des Vereinsvermögens führen kann, daß mit anderen Worten eine analoge Anwendung des § 2113 ausscheiden muß.

2) Personenhandelsgesellschaften

Die Personenhandelsgesellschaften sind im Gegensatz zum nicht rechtsfähigen Verein regelmäßig nicht körperschaftlich organisiert. Gleichwohl ist auch hier der Gedanke der Einheit sehr stark ausgeprägt. OHG und KG treten im Rechtsverkehr unter dem Namen der Firma auf, können selbständig Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen (§ 124 HGB). Über ihr Vermögen kann ein selbständiger Konkurs eröffnet werden (§ 209 KO, § 131 Nr. 3 HGB). Ihr Vermögen stellt sich daher als Vermögensmasse mit einem weitgehend eigenen rechtlichen Schicksal dar.²⁾ Rechtspolitische Zwecksetzung dieser Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens ist die Tatsache, daß OHG und KG dadurch, daß sie ein Handelsgewerbe betreiben, auf die Beweglichkeit ihrer Vermögensgegenstände angewiesen sind.

1) Vgl. oben Seite 56 ff.

2) RGZ 136, 402 (405); BGH WM 1957, 245 (247); Schlegelberger-Geßler, § 105 Rdnr. 34.

Eine Übertragung der für beendete Gütergemeinschaft und Erbgemeinschaft gefundenen Lösung auf die Personenhandels-gesellschaften würde dieses wichtige Erfordernis außer acht lassen.

Bei der beendeten Gütergemeinschaft und der Erbgemeinschaft ist die durch die potentielle Gefahr der Unwirksamkeit von Verfügungen im Nacherbfall eintretende Unsicherheit erträglich. Es widerspricht auch nicht übergeordneten Gesichtspunkten, wenn der Nacherbe - notfalls mittels Klage - zur Einwilligung in die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlichen Verfügungen gezwungen werden muß. Diese beiden Gemeinschaften sind ihrem zugrundliegenden Zweck nach auf Auseinandersetzung und Vermögensverwaltung bis zum Ende der Auseinandersetzung gerichtet. Dieser Zweck wird durch die genannten Eingriffe nicht vereitelt. Demgegenüber wäre bei den auf die Beweglichkeit ihres Vermögens angewiesenen Personenhandelsgesellschaften weder die dadurch eintretende Unsicherheit erträglich noch der Zwang, die Einwilligung des Nacherben im Klagewege durchzusetzen. Die Handelsfreiheit einer Personenhandelsgesellschaft würde dadurch dem Zwecke ihrer Gründung zuwider untragbar behindert.¹⁾

1) So auch Picot, "Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschaftserstellung in einer Personenhandels-gesellschaft". Diss. München 1966, S. 23, und Rohlfß "Nießbrauchsvermächtnis oder Vor- und Nacherbschaft im Unternehmertestament", Diss. Göttingen 1968, S. 125.

Daher kann auch bei den Personenhandelsgesellschaften die vor- und nacherbliche Belastung eines Gesellschafters nicht zu Verfügungsbeschränkungen über die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens führen. Eine analoge Anwendung des § 2113 auf solche Verfügungen muß hier - ebenso wie beim nicht rechtsfähigen Verein - ausscheiden.

3) Gesellschaften des bürgerlichen Rechts

a) Gesellschaften, die am Wirtschaftsleben teilnehmen

Von der gesetzlichen Ausgestaltung her ist der Einheitsgedanke bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts weniger stark ausgeprägt als bei den Personenhandelsgesellschaften. Trotzdem kann eine nacherbliche Anteilsbelastung auch hier regelmäßig nicht zu einer Verfügungsbeschränkung über Gesamthandsgegenstände führen. Im Gegensatz zur beendeten Gütergemeinschaft und zur Erbengemeinschaft ist nämlich die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts - sofern sie in irgendeiner Weise am Wirtschaftsleben teilnimmt - darauf angewiesen, rasche Entscheidungen zu treffen und mit Sicherheit dauernd wirksame Verfügungen vorzunehmen. Daß für die am Wirtschaftsleben teilnehmenden bürgerlich rechtlichen Gesellschaften nichts anderes gelten kann als für Handelsgesellschaften, leuchtet besonders in den Fällen ein, in denen der Gesellschaftsvertrag einer BGB-Gesellschaft nach dem Recht der OHG gestaltet ist, ohne daß jedoch eine

Handelsgesellschaft vorliegt.¹⁾

Ein gemeinschaftlicher Gewerbebetrieb von Minderkaufleuten oder von Nichtkaufleuten bildet, sofern keine Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist (§ 4 II HGB), keine Handelsgesellschaft. Trotzdem unterscheiden sie sich - was die hier maßgeblichen Kriterien anbelangt - in keiner Weise von einer Personenhandelsgesellschaft. Aber auch Gesellschaften, deren Zweck zwar nicht auf die Ausübung eines Handelsgewerbes gerichtet ist, die aber in anderer Weise am Wirtschaftsleben teilnehmen, können keinen nacherblichen Verfügungsbeschränkungen unterliegen. Dies gilt für Gewinn-Gemeinschaften genauso wie für Gesellschaften zur Ausführung eines A-Meta Geschäfts, für Interessengemeinschaften ebenso wie für Kartelle, die in der Rechtsform einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft betrieben werden.²⁾ Nacherbliche Verfügungsbeschränkungen eines Gesellschafters können hier nicht zu Beschränkungen bei Verfügungen über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens führen. Die dadurch eintretende Unsicherheit wäre ebenso unerträglich wie bei Personenhandelsgesellschaften und würde zu einer Vereitelung des durch die gesell-

1) Vgl. Soergel-Siebert-Schulze-v. Lasaulx, Vor § 705 Rdnr. 75; Fikentscher, Schuldrecht § 88 I 4a (S. 515); Esser, Schuldrecht Bes. T. § 94 III 1 (S. 271); Larenz, Schuldrecht Bes. T. § 60 I a (S. 289); Palandt-Thomas, § 705 Anm. 9b aa.

2) Zur Vielfalt der im Wirtschaftsleben tätigen BGB-Gesellschaften vgl. z.B. Soergel-Siebert-Schulze-v. Lasaulx, Vor § 705 Rdnr. 79 ff; Esser a.a.O.; Larenz a.a.O.

schaftsvertragliche Bindung erstrebten gemeinsamen Zweckes führen. Verfügungen über Gesellschaftsgegenstände müssen auch hier dauernd wirksam bleiben, können also ebenfalls nicht von einer nacherblichen Beschränkung eines Gesellschafters betroffen werden.

b) Gesellschaften, die nicht am Wirtschaftsleben teilnehmen

Neben den Gesellschaften, deren Zweckvereinbarung auf die Teilnahme am Wirtschaftsleben zielt oder diese zumindest erforderlich macht, gibt es auch BGB-Gesellschaften, die eine solche Teilnahme nicht voraussetzen. Der vereinbarte gemeinsame Zweck kann beispielsweise lediglich darin bestehen, ein Vermögen oder einen Vermögensgegenstand gemeinsam zu verwalten. Bei solchen Gesellschaften treffen die für Personengesellschaften und die am Wirtschaftsleben teilnehmenden BGB-Gesellschaften angestellten Überlegungen nicht zu. Das Erfordernis der "Beweglichkeit" des Gesellschaftsvermögens ist hier nicht so ausgeprägt wie bei den oben erörterten Gesellschaften. Die Funktionsfähigkeit wird deshalb auch nicht in unzulässiger Weise beeinträchtigt, wenn nur diejenigen Verfügungen im Nacherbfalle wirksam bleiben, die unter dem Gesichtspunkt des Gesellschaftszweckes erforderlich sind.

Für diese Gesellschaften gilt daher das gleiche wie für die beendete Gütergemeinschaft und die Erbengemeinschaft. Nur diejenigen Verfügungen, die zu einer ordnungsgemäßen Verwal-

tung des Gesellschaftsvermögens erforderlich sind, müssen auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge wirksam bleiben. Darüber hinausgehende Verfügungen werden vom Gesellschaftszweck nicht gefordert. Gewißheit über die Wirksamkeit der erforderlichen Verfügungen können sich die Gesellschafter dadurch verschaffen, daß sie die Einwilligung des Nacherben gemäß § 2120 einholen. Die dadurch eintretende Unsicherheit bzw. der Zwang, den Nacherben zur Mitwirkung zu zwingen und ihm dadurch Einblick in die Gesellschaft zu gewähren, ist hier erträglich und vereitelt nicht den Zweck, dem das Gesamthandsvermögen in der Gesellschaft zu dienen hat.

II. Die Belange des Nacherben

Unterliegt der Gesamthandsanteil eines Vereinsmitgliedes einer Vor- und Nacherbschaft, so berührt die - durch die körperschaftliche Verfassung bedingte - unbeschränkte Verfügungsbefugnis nicht den dem Nacherben durch § 2113 zuerkannten Schutz. Dies folgt daraus, daß der Anteil der Vereinsmitglieder an den Gegenständen des Gesamthandsvermögens hier nur einen rein formalen Charakter hat. Selbst für den Vollrechtsinhaber kommt diesem Anteil - was die Rechtsausübung und die Verfügungsbefugnis über die Gegenstände des Vereinsvermögens anbelangt - keinerlei Bedeutung zu.¹⁾ Dem-

1) BGB-RGRK-Denecke, § 54 Anm. 3; Lehmann-Hübner, § 61 VII 6a; Enneccerus-Nipperdey, § 116 S. 702.

entsprechend kann auch die vor- und nacherbliche Belastung eines Anteils am Gesamthandsvermögen keinen Einfluß auf die Verfügungsbefugnis über die Gegenstände des Vereinsvermögens haben.

Zu dem bereits aus der körperschaftlichen Verfassung des Vereins folgenden Erfordernis unbeschränkter Verfügungsbefugnis kommt also die weitere rechtspolitische Wertung hinzu, daß ein Nacherbenschutz nach § 2113 nicht gewollt sein kann, wenn ein Vereinsanteil einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt.

Bei den Personenhandelsgesellschaften und auch bei der am Wirtschaftsleben teilnehmenden BGB-Gesellschaft können dagegen Verfügungen über Gesamthandsgegenstände durchaus dem Schutzgedanken des § 2113 entgegenstehen. Der mit dieser Vorschrift verfolgte Nacherbenschutz muß in diesen Fällen jedoch weichen. Der Gesichtspunkt, daß bei einer wie auch immer gearteten vorerblichen Verfügungsbeschränkung eine ordnungsgemäße Funktion dieser Gesellschaften in Frage gestellt wäre, erzwingt hier vorrangige Geltung. Der Eintritt eines Vorerben in eine solche Gesellschaft darf nicht - um des Schutzes des Nacherben willen - zur Funktionsunfähigkeit der Gesellschaft führen.

Nur in dem atypischen Fall, daß der Gesellschaftszweck sich in der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens erschöpft, ist eine analoge Anwendung des § 2113 auf Verfügungen über Gesellschaftsgegenstände möglich. Es gilt dann das gleiche wie

bei der beendeten Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft. In Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens erforderlich sind, hat der Nacherbe einzuwilligen (§ 2120). Darüber hinausgehende Verfügungen werden im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam.

Die hier getroffene Differenzierung zwischen Erwerbsgesellschaften einerseits und sonstigen Gesellschaften andererseits ist nicht außergewöhnlich. Ist ein Minderjähriger an einer Gesellschaft beteiligt, dann ist bei Verfügungen über Grundstücke des Gesellschaftsvermögens eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (§ 1821 Abs. 1 Ziff. 1) nur dann erforderlich, wenn sich der Gesellschaftszweck auf die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens beschränkt.¹⁾ Ist der Minderjährige dagegen an einer Erwerbsgesellschaft beteiligt, wird das Erfordernis der Genehmigung mit der Begründung verneint, daß die Gesellschaft nicht unter Aufsicht des Vormundschaftsgerichts gestellt werden kann.²⁾ Auch im Falle der Beteiligung eines Minderjährigen an einer Erwerbsgesellschaft wäre die Anwendung des § 1821 unter dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes wünschenswert. Insoweit besteht kein Unterschied zu den sonstigen BGB-Gesellschaften, wo die Anwendung des § 1821 bei Grundstücksgeschäf-

1) BGH in FamRZ 1958, 333.

2) BGH a.a.O.; Staudinger-Engler, § 1821 Rdnr. 11; HGB-RGRK-Weipert, § 125 Bem. 6; Soergel-Siebert-Germer, Vor § 1821 Rdnr. 7.

ten einhellig bejaht wird. Bei den Erwerbsgesellschaften läßt jedoch der übergeordnete Gesichtspunkt der Unabhängigkeit und Beweglichkeit des Gesellschaftsvermögens den Minderjährigenschutz zurücktreten. Auch hier verbietet es der übergeordnete Zweck, dem das Gesamthandsvermögen zu dienen hat, Grundstücksgeschäfte von einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig zu machen. Mit anderen Worten: Der Eintritt eines Minderjährigen darf - ebensowenig wie der Eintritt eines Vorerben - zu einer Funktionsbeeinträchtigung der Gesellschaft führen.

III. Zusammenfassung

Unterliegt der Gesamthandsanteil eines Vereinsmitgliedes einer Vor- und Nacherbschaft, so berührt dies in keiner Weise die Befugnis der dazu berufenen Vereinsorgane, über die Gegenstände des Vereinsvermögens zu verfügen. Zum einen folgt das Erfordernis einer von der vorerblichen Belastung unabhängigen Verfügungsbefugnis aus der körperschaftlichen Verfassung des Vereins. Zum anderen ist eine Verfügungsbeschränkung nach § 2113 hier auch unter dem Gesichtspunkt des Nacherbenschutzes nicht gewollt, da der Gesamthandsanteil der Vereinsmitglieder einen rein formalen Charakter hat und ihm keinerlei Bedeutung für die Rechtsausübungsbefugnisse der Mitglieder zukommt.

Ist ein Gesellschaftsanteil mit einer Vor- und Nacherbschaft belastet, so ist bei den Personenhandelsgesellschaften und

auch bei den am Wirtschaftsleben teilnehmenden BGB-Gesellschaften eine analoge Anwendung des § 2113 ebenfalls ausgeschlossen. Durch die unbeschränkte Verfügungsbefugnis kann hier zwar durchaus der in § 2113 erstrebte Nacherbenschutz vereitelt werden. Trotzdem kann die nacherbliche Befangenheit eines Gesellschaftsanteiles nicht zu Verfügungsbeschränkungen führen. Die Gefahr der künftigen Unwirksamkeit von Verfügungen wäre für eine Gesellschaft ebenso unerträglich wie der Zwang, zu jeder erforderlichen Verfügung nach § 2120 die Einwilligung des Nacherben einzuholen. Die Handlungsfähigkeit einer Erwerbsgesellschaft würde dadurch dem Zweck der rechtlichen Verselbständigung ihres gemeinschaftlichen Vermögens zuwider eingeschränkt, was zu einer untragbaren Funktionsbeeinträchtigung der Gesellschaft führen würde. Macht dagegen der mit einer Gesellschaft verfolgte gemeinsame Zweck eine Teilnahme am Wirtschaftsleben nicht erforderlich, so tritt das Erfordernis der Beweglichkeit des Gesellschaftsvermögens hinter dem Gedanken des Nacherbenschutzes zurück. Wie bei der beendeten Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft steht dann einer analogen Anwendung des § 2113 nichts entgegen. Lediglich Verfügungen, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens erforderlich sind, können wirksam vorgenommen werden, wozu der Nacherbe auf Verlangen seine Einwilligung zu erklären hat. Weitergehende Verfügungen werden in analoger Anwendung des § 2113 im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam.

Der analoge Obersatz für den Fall, daß ein Gesellschafts- oder Vereinsanteil einer Vor- und Nacherbschaft unterliegt, muß daher im Anschluß an § 2113 Abs. 1 und 2 wie folgt formuliert werden:

1. Gehört zur Erbschaft der Anteil an einer Gesellschaft, deren Zweck eine Teilnahme am Wirtschaftsleben nicht erfordert, so sind Verfügungen über Gesellschaftsgegenstände in der gleichen Weise unwirksam, sofern solche Verfügungen nicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens erforderlich sind.
2. Im übrigen findet die Vorschrift auf Verfügungen über Gegenstände eines Gesellschafts- oder Vereinsvermögens keine Anwendung.

LEBENS LAUF

Am 9. August 1941 wurde ich als Sohn des Oberleutnants Gerhard Edelman und dessen Ehefrau Elfriede, geb. Michaels in Dresden geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1947 bis 1952 besuchte ich in Dresden die Volksschule. Im Jahre 1952 siedelte meine Familie in die Bundesrepublik um. Von 1952 bis 1960 besuchte ich nacheinander die Volksschule in Winterlingen (Baden-Württemberg), die dortige Mittelschule, die Mittelschule in Ebingen (Baden-Württemberg) und ab 1956 das Gymnasium in Ebingen. Im Jahre 1960 wurde ich Schüler des Gymnasiums in Stuttgart-Vaihingen, an dem ich am 26. Februar 1962 die Reifeprüfung ablegte.

Von 1962 bis 1964 war ich Soldat bei der Bundeswehr.

Vom Wintersemester 1964/65 bis zum Wintersemester 1968/69 studierte ich an der Johannes-Gutenberg-Universität Rechtswissenschaften. Am 28. August 1969 habe ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz die Erste juristische Staatsprüfung bestanden. Die Zweite juristische Staatsprüfung habe ich am 11. Mai 1973 vor dem Justizprüfungsamt in Wiesbaden abgelegt.

Von 1973 bis 1974 war ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität beschäftigt.

Seit 1974 bin ich als Regierungsrat zur Anstellung im Hessischen Ministerium für Wirtschaft und Technik tätig.

city schnelldruck ohg, 87 Würzburg, Marcusstraße 10a